CONSUMERS' FORUM

PRESENTA

Consumerism 2020
Tredicesimo rapporto annuale

LockUp Economy e cittadini.

in collaborazione con

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

Consumers' Forum

e

Università degli Studi Roma Tre

presentano

CONSUMERISM 2020

Tredicesimo Rapporto annuale

LockUp Economy e cittadini.

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

INTRODUZIONE pag. 6

(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti, Liliana Rossi Carleo

***LockUp Economy* e cittadini**

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO pag. 10

(Marco Cappai, Sara Perugini)

1. Premessa
   (Marco Cappai, Sara Perugini)
2. Le Direttive *Digital*, *content*, *goods* e *omnibus*
   (Sara Perugini)
3. Il ruolo propulsivo esercitato dall'AGCM
   (Marco Cappai, Sara Perugini)
4. Le riforme in atto
   (Marco Cappai, Sara Perugini)
5. Verso nuove tecnologie di governo dei mercati?
   (Marco Cappai, Sara Perugini)

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI pag. 21

(Paolo Occhiuzzi)

Piattaforme digitali e trasporti: tendenze evolutive

1. Piattaforme, Big data e mercato dei trasporti
2. Modelli, consumatori e tutele
3. Le tutele e il ruolo delle Associazioni dei consumatori

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE pag. 29

(Cristiana Lauri)

Giochi di ruolo tra ambiente e mercato. Dalla sostenibilità alla solidarietà e viceversa

1. L'interdipendenza tra soggetti nei mercati regolamentati da ARERA
   (Cristiana Lauri)
2. I riflessi sul sistema
   (Cristiana Lauri)
3. Il ruolo chiave delle associazioni
   (Cristiana Lauri)
4. Le sfide all'orizzonte tra sostenibilità e solidarietà
   (Cristiana Lauri)

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI pag. 38

(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino, Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli)

Le nuove prospettive di tutela del cittadino digitale nel settore della protezione dei dati personali

(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino)

Introduzione
(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino)

1. Monetizzazione' dei dati personali?
(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino)
2. Associazioni a tutela degli interessati
(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino)

IL SISTEMA *E-HEALTH* TRA PROTEZIONE DEI DATI E FIDUCIA pag. 48
(Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli)

1. Il mercato dei servizi sanitari: fiducia o sfiducia?
(Cristiana Lauri)
2. *Wearable devices* e dati sanitari
(Serafina Piantedosi)
3. Piattaforme, sanità e *privacy*
(Susanna Sandulli)
4. IMMUNI: un'occasione mancata?
(Susanna Sandulli)
5. Le innovazioni di sistema
(Cristiana Lauri)
6. Il consumatore corresponsabile: fiducia crescente, tutele crescenti
(Cristiana Lauri)

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI pag. 60
(Francesca Pellicanò, Rosaria Petti)

Il settore delle comunicazioni elettroniche

1. Lo scenario di riferimento e il *framework* normativo nel settore delle comunicazioni
(Rosaria Petti)
2. Le piattaforme *online* e il necessario ripensamento degli strumenti regolatori
(Francesca Pellicanò)
3. "Plasmare il futuro digitale" o rassegnarsi a rincorrerlo
(Francesca Pellicanò)
4. Potenzialità e limiti delle norme nel settore delle comunicazioni elettroniche
(Rosaria Petti)
5. Il ruolo degli *stakeholder* nel settore delle comunicazioni
(Rosaria Petti)

BANCA D'ITALIA pag. 66
(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)

Le piattaforme e la transizione digitale del sistema bancario

1. Finanziamento, accesso al credito e piattaforme
(Andrea Carrisi)

2. Rischiosità delle nuove piattaforme di *lending crowdfunding* e primi tentativi di regolamentazione
(Silvia Digregorio)
3. Profili evolutivi della regolamentazione: la proposta di regolamento UE relativo ai fornitori di servizi di *crowdfunding*
(Silvia Digregorio)
4. La possibile centralità delle ADR: rispettivi perimetri di competenza e introduzione della *class action* in arbitrato
(Andrea Carrisi)

CONSOB pag. 74

(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)

I mercati finanziari e l'evoluzione del *FinTech*: le nuove esigenze dei soggetti deboli e l'opportunità di una tutela adeguata

1. Premessa. Dal *FinTech* al "*Figital*": la disintermediazione nei servizi e nelle attività di investimento
(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)
2. I rischi connaturati alla posizione di intrinseca debolezza dei clienti *retail*
(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)
3. La tutela degli investitori e le nuove frontiere della regolazione: il "*Comitato FinTech*"
(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)

IVASS pag. 81

(Veronica Carriero, Andrea Luberti)

Mercato assicurativo, progresso tecnologico e protezione dei consumatori

1. Innovazione, tecnologia e impatto del Covid-19
(Veronica Carriero)
2. L'integrazione della disciplina sulla distribuzione assicurativa
(Andrea Luberti)

GLI AUTORI pag. 84

INTRODUZIONE

(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti, Liliana Rossi Carleo)

LockUp Economy e Cittadini

Sembra il contrario di *lockdown* ma *lockUp* non lo è: in piedi, fuori di casa, ma sorvegliato. Nei mercati finanziari *lockUp* indica la fase di "sospensione" in cui i titoli non possono essere trattati. Sorvegliati e sospesi. Questo è il nuovo mondo, bellezza. E a dircelo non sono i CEO delle aziende che esercitano il controllo, che anzi, sono diventati i paladini della protezione dei nostri dati; ce lo dicono i governanti, che dell'uso dei nostri dati hanno bisogno per gestire l'emergenza pubblica. Al grido del "non si può fare diversamente" si invoca lo stato di necessità, che legittima deroghe ai diritti, da sempre. Le reazioni popolari sono diverse e dipendono in gran parte dal *welfare* cui sono state abituate e dai fondamenti (filosofico-religiosi) delle rispettive culture: diversa è la risposta confuciana fondata sulla prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello dell'individuo, da quella occidentale, che l'individuo l'ha liberato ma lasciato solo a gestire la paura (della libertà o del controllo, a seconda dell'urgenza del caso).

La domanda che ci si pone è se quest'universo parallelo in cui siamo finiti quasi inconsapevolmente ma che – ormai è chiaro – sarà il nostro *habitat* futuro, consente lo sviluppo fisiologico del modello regolatorio che si stava delineando in Europa e che abbiamo illustrato negli anni scorsi, o lo acceleri. O se, al contrario, l'evoluzione sarà superata da una rivoluzione necessaria.

Il gruppo di lavoro di Consumerism è composto da economisti e da giuristi. I primi seguono le tracce dei mercati, i secondi le interpretano, le classificano, le mettono nei cassetti che ci sono già. A volte, raramente (meno di quel che sarebbe utile o necessario) ne creano di nuovi. È quel che abbiamo fatto anche quest'anno, con maggiore difficoltà perché la pandemia le tracce le ha nascoste o confuse e ne ha create altre, molte false. Vi rappresentiamo qui il risultato dell'indagine, che ovviamente è preliminare e provvisorio, come sempre quando alla storia si deve sostituire la cronaca. Al centro, come d'abitudine in queste nostre analisi, mettiamo l'individuo che – lo dicevamo negli anni scorsi sottovoce, ora è chiaro a molti – è il soggetto meritevole di tutela, ancor prima di diventare consumatore (o investitore, correntista, assicurato, utente di un *social network*, secondo gli schemi classici dei silos verticali e orizzontali posti a matrice).

Ai soli fini interpretativi, e per delineare lo scenario, muoviamo da alcuni presupposti. Il primo: siamo in una fase nuova dell'Unione europea: l'era della "politica di crescita europea solidale necessaria". La crescita deve essere sostenibile (*green*) e solidale: la Germania è consapevole che la "regionalizzazione" della globalizzazione rende ancor più vitale il mercato europeo, per cui la concorrenza tra ordinamenti non è più un interesse da perseguire ma un pericolo da evitare. Questo produce effetti diretti anche sulla regolazione e sugli strumenti utilizzati per attuarla: sempre più regolamenti, sempre più un corpus normativo unico, generale.

Il secondo: la matrice regolatoria si sta sgretolando. I silos verticali (bancario, assicurativo, mercati finanziari, energetico, dei trasporti ecc...) non sono più paralleli: s'integrano o si divaricano a seconda delle urgenze e delle necessità. Qualche esempio. Le banche vendono prodotti assicurativi, finanziari, misti, e il tema regolatorio si

pone qui in termini di prevalenza o di *cross-regulation*. La convergenza tra telecomunicazioni e televisione è preistoria – non è chiara forse al solo legislatore, che ad esempio non estende la competenza Corecom alla televisione, come sanno bene gli abbonati Sky – e la frontiera si è spostata sulle piattaforme digitali, cresciute nel loro *sandbox ante-litteram* (in Europa, la Direttiva del 2000 sul commercio elettronico, che ha loro garantito negli anni, di fatto, l'esenzione da responsabilità) e sono ormai *too big to care*. Che dire poi della convergenza nei trasporti, dove il grado di sostituzione ha superato da tempo la soglia dei mercati. Quanto ai silos orizzontali (concorrenza, protezione dei dati personali e tutela del consumatore), cercano il modo di superare i vincoli storici divenuti ormai insopportabili. Così è la territorialità per la protezione dei dati (Shrems I e II), le soglie economiche e di fatturato per il diritto della concorrenza ('modernizzazione'), la definizione di consumatore quanto al beneficiario delle tutele.

Il terzo presupposto concerne la reazione regolatoria: la regolazione classica, per soggetti, si è trasformata rapidamente in regolazione per attività e ora per prodotti. Fino ad arrivare, in questi mesi, alla presa d'atto del fallimento di una regolazione che insegue l'evoluzione dei mercati, e inizia una nuova fase. L'avevamo prevista, nei rapporti degli ultimi due anni, gli eventi l'hanno accelerata. La nuova Commissione europea, insediatasi da meno di un anno, ha adottato decisioni eccezionali per fronteggiare una crisi eccezionale, ma ha anche strutturato un intervento nel medio-lungo periodo per affrontare i mercati. Questa strategia è facilitata ora dal recesso della Gran Bretagna, che porta via con sé (anche) un'avversione alla codificazione dell'Europa continentale. Le tradizioni giuridiche tornano così alle origini, ciascuna per proprio conto. La Commissione UE può quindi ora proporre un nuovo paradigma regolatorio, non più spurio, fondato su una codificazione generale (applicabile a tutti i settori) e dunque per principi, con applicazioni specifiche (non settoriali, ma in ragione dei singoli prodotti o servizi) che nascono dal mercato, secondo quel "circolo regolatorio" che abbiamo illustrato a fondo nei Rapporti Consumerism del 2019 e 2018. In sintesi: le *best practices* sul mercato vengono assunte dalle Autorità nazionali di regolazione e vigilanza come *benchmark* portati nel consesso delle autorità europee, che elaborano standard tecnici o, quando necessario, proposte alla Commissione UE la quale, se sufficiente, adotta atti esecutivi, altrimenti propone atti legislativi che poi Consiglio UE e Parlamento UE approvano, rendendoli vincolanti. Il vantaggio del "circolo regolatorio" è che le pratiche migliori sono vincolanti (auto-vincolanti le imprese che le adottano) da subito, o da quando le autorità nazionali e/o europee le propongono, come standard o linee-guida. Questo rileva anche su un fronte peculiare dell'innovazione tecnologica, non ignorato dalla dottrina ma tuttora senza soluzione: il rapporto tra norme etiche e regole giuridiche, separate dal velo creato in due secoli di teoria generale del diritto e ora strappato dall'intelligenza artificiale. Il circolo regolatorio fa parte delle soluzioni, non del problema: consente all'uomo di intervenire (così, l'algoritmo non fa da sé) per selezionare le pratiche che si trasformano in norme e, in questa prospettiva, diventano tali anche le regole di Asimov (3+1).

Il quarto presupposto: regolazione pubblica e privata sono due vasi comunicanti. Il pubblico interviene quando il privato non riesce o fallisce: sussidiarietà, applicata. È più di un'ipotesi ricostruttiva perché funziona sempre e assurge quindi a regola generale. Se inserita in questa prospettiva, si comprende la strategia della nuova Commissione europea, che affida l'applicazione concreta delle norme e dei principi al mercato e al circolo regolatorio. E si capisce anche la Corte di Giustizia UE, che (Schrems II, da ultimo) non si limita ad annullare la regolazione pubblica viziata ma suggerisce di sviluppare intanto quella privata (le clausole contrattuali-tipo), cui l'altra farà da cornice. E qui, il compito di regolatori, garanti e vigilanti diventa decisivo, nel ruolo che devono esercitare nel "circolo" e così le associazioni dei consumatori, che questo ruolo forse devono ancora prenderselo. Ma diventa nuovamente decisiva anche l'attività di soggetti ingiustamente ignorati nell'ultima fase storica, che la codificazione di diritto uniforme l'hanno prodotta e in modo efficace: UNIDROIT, UNCITRAL, sono le sedi in cui i contratti internazionali hanno trovato standard oggi comunemente applicati e tornano ad essere (le più)

indicate nella fase attuale in cui le regole europee stanno strette, che hanno il vincolo territoriale.

E veniamo così al quinto presupposto: le piattaforme digitali sono i nuovi soggetti nel mercato (ma non solo) e non possono essere destinatarie della regolazione classica, che è inefficace: è un radar rispetto al quale volano troppo alte, o troppo basse (a seconda dei casi e delle interpretazioni). Algoritmi e intelligenza artificiale, ecosistemi a-normativi, si sviluppano con una disciplina autonoma, in deroga. È legittimo qui l'intervento regolatorio, per garantire e tutelare i diritti sul piano contrattuale, e per individuare e ripartire le responsabilità su quello extracontrattuale (quando il danno è prodotto da un atto illecito). Regolazione pubblica, sussidiaria, *via* circolo regolatorio. La prima mossa spetta al mercato, e qui le associazioni consumeristiche devono alzare la voce, per chiedere l'intervento o per legittimarlo. Vecchi diritti non sono più azionabili, nuovi vanno garantiti.

Presupposto numero sei: questa impostazione regolatoria è avversata dalle "imprese di mezzo" (niente a che vedere con le imprese medie). Sono quelle che non hanno potere contrattuale con le piattaforme transnazionali digitali, e non possono contare su un *floor* normativo che da un lato le tuteli, dall'altro garantisca correttezza dell'operato, se conforme. Le soluzioni legislative, regolatorie, giudiziali – norme per principi, applicazioni "mercatorie" – le lasciano esposte ai rischi, sia negoziali (non hanno potere) sia di *compliance* (non hanno certezze). La soluzione qui esiste ed è indicata e praticata dalle istituzioni europee negli ultimi anni come prioritaria, se non ideale: si chiama co-regolazione e prevede la partecipazione alla formazione della *lex mercatoria* da parte delle autorità di regolazione per compensare le asimmetrie di mercato. Consente di garantire certezza, quanto alla *compliance* e forza, nella negoziazione.

Se questi sono i presupposti condivisi (almeno, dal gruppo di lavoro) qual è l'impatto della pandemia? In altre parole, il *lockUp* permanente – i picchi ci sono e rilevano per noi umani, ci mancherebbe, ma anche la quiete è latente, per cui le abitudini cambiano in modo definitivo – come modifica il quadro? Da un lato, il potere delle piattaforme digitali è cresciuto in modo evidente, sino a superare la soglia psicologica dell'abuso (che anche la FTC statunitense abbia mosso contro Google è un evento storico e produrrà conseguenze, comunque). Non ha avuto l'eco che meritava il fatto che il governo tedesco abbia dovuto modificare in corsa una legge adottata pochi giorni prima (sulla notifica di esposizione al Covid-19) perché prevedeva un database centralizzato, incompatibile con il sistema decentrato imposto pochi giorni dopo da Google (Android) e Apple (anche) per meglio tutelare i dati personali. Un accodo tra operatori che ha la forza di imporsi ai governi.

Dall'altro lato, il processo di trasparenza dell'operatività dell'intelligenza artificiale si è accelerato. Se questa sia o meno una buona notizia lo vedremo nei prossimi mesi: la trasparenza dei processi era ciò che mancava per consentire alle piattaforme transnazionali digitali di presentare prodotti e servizi alle autorità di regolazione e vigilanza ed entrare, finalmente, nei mercati. La battaglia sta per iniziare, la regolazione deve essere già pronta e la modernizzazione non basta.

E dunque: la Commissione europea accelera sul *Digital Single Act* (DSA), indirizzato anche alle piattaforme, alle quali si applica già il Regolamento *Platform-to-Business* (2019/11501) che appunto, prevede regole generali e un'applicazione in via contrattuale. Il DSA si pone come nucleo di norme fondamentali per l'economia digitale, *pendant* del GDPR e con lo stesso obiettivo di "globalizzazione" dei diritti. Contestualmente, la Commissione propone la modernizzazione delle regole sulla concorrenza, per renderle efficaci nel nuovo quadro e con i nuovi assetti dei mercati digitali. Il Consiglio UE libera l'iniziativa per un *cloud* europeo, che tra i vari obiettivi si propo-

ne anche quello di garantire territorialità dei dati e quindi applicazione del *welfare* unionale, poiché il "*Brussel's effect*" da solo non riesce ormai più a garantire l'extraterritorialità e a impedire le deroghe alla giurisdizione (e la Corte di Giustizia l'ha chiarito ormai a più riprese). BCE elabora regole e standard per l'EURO digitale e si vedrà poi per le cripto-valute private. Iniziative legislative stanno per essere lanciate dalla Commissione per definire – applicando i principi di sussidiarietà e proporzionalità certo, ma anche di precauzione – le responsabilità nell'ecosistema dell'intelligenza artificiale. Parlamento e Consiglio si accingono a varare le regole per l'azione collettiva europea, legittimando così i rappresentanti dei consumatori come soggetti attivi del circolo regolatorio.

Il processo evolutivo – così è, tradizionalmente, il cammino legislativo – che prevede l'applicazione delle norme esistenti ai fenomeni nuovi, diventa rivoluzionario quando inserito nel percorso avviato dalla nuova Commissione europea: regole per principi e norme generali, applicazioni per "codificazione mercatoria". Come già per la Psd2, recentemente, e seguendo lo standard delle liberalizzazioni degli anni '90 del secolo scorso, nelle fasi di crasi del sistema o di discontinuità tecnologica la regolazione smette di inseguire l'innovazione e si lancia avanti, dettando il nuovo perimetro di gioco su cui i mercati si potranno esercitare. È un atto di coraggio, per quanto necessitato ormai dal ritardo, che definisce la politica industriale (oggi: politica di crescita solidale necessaria) e merita di essere sostenuto.

Che in questo contesto il ruolo delle associazioni dei consumatori possa diventare determinante è un dato di fatto. L'austriaca Noyb (Centro Europeo per i Diritti Digitali) è l'esempio da imitare: ha presentato quattro reclami a quattro Autorità di controllo in diversi Stati membri dell'UE: insieme alla francese La Quadrature du Net contro Google dinanzi l'Autorità francese (CNIL); contro Instagram all'Autorità belga (CPP); contro WhatsApp all'Autorità tedesca (HmbBfDI); contro Facebook dinanzi l'Autorità Austriaca (DSB). Di queste, solo la CNIL ha completato l'istruttoria e ha sanzionato Google per 50 milioni di euro per non aver dato adeguata informazione e aver acquisito un consenso invalido per lo svolgimento di pubblicità personalizzata. Sanzione confermata quest'estate dal Consiglio di Stato francese. I reclami presentati dinanzi le altre tre Autorità di controllo sono invece ancora pendenti e sono stati inoltrati (*One-Stop Shop*), all'irlandese DPC, in qualità di autorità capofila. Le contestazioni si sono concentrate sulla modalità di redazione dei contratti per i servizi offerti dalle piattaforme, realizzati secondo l'approccio "*take it or leave it*", che consentono all'utente solo di non aderire al contratto e quindi non accedere al servizio, qualora non concordi con tutte le condizioni contrattuali imposte. Anche le sentenze della Corte di Giustizia UE Schrems I e II sono frutto del lavoro di Noyb (di cui Max Schrems è presidente onorario).

Il nuovo contesto (anche) regolatorio che abbiamo tentato qui di riassumere sinteticamente, fondato su sostenibilità e solidarietà, presuppone stimoli dal mercato per l'attivazione del "circolo regolatorio". Le imprese sembrano pronte, eventualmente anche con l'assistenza dei regolatori, nazionali ed europei via co-regolazione. Spetta alle associazioni consumeristiche fare la loro parte e dunque: (a) esercitare il ruolo che spetta loro e per il quale le riforme regolatorie hanno creato presupposti e strumenti, azionabili in autonomia o coordinati con le autorità nazionali competenti, seguendo il percorso del circolo regolatorio; (b) svolgere un'attività di monitoraggio dei servizi all'esito della quale segnalare alle autorità nazionali eventuali inadempienze delle imprese o lacune normative o regolamentari, anche in relazione all'economia digitale; (c) partecipare attivamente ai meccanismi della conciliazione paritetica per esercitare un ruolo attivo anche nell'ambito delle tutele; (d) formare e informare operatori e utenti per costituire consapevolezza dei temi, dei diritti, delle soluzioni.

(*Marco Cappai, Sara Perugini*[1])[2]

L'AGCM verso il Digital Services Act

L'imminente proposta della Commissione europea sul Digital Services Act dovrebbe idealmente chiudere la prima fase del dibattito istituzionale sulla tenuta complessiva del sistema di fronte alle Big Tech. *Gli stress test indotti dalle piattaforme digitali negli ultimi anni indicherebbero infatti la necessità di entrare in una fase 2, più matura, diretta a governare, attraverso discipline più organiche e strumenti più duttili, i mercati. Scopo del presente contributo è analizzare lo stato dell'arte, sia sul piano legislativo che dell'*enforcement *dell'AGCM, metterlo in relazione alle proposte in cantiere e, infine, ragionare sulla possibile emersione di nuove tecniche di governo dei mercati, maggiormente partecipative.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le Direttive *Digital content*, *goods* e *omnibus* – 3. il ruolo propulsivo esercitato dall'AGCM. – 4. Le riforme in atto. – 5. verso nuove tecniche di governo dei mercati?

1. PREMESSA

(Marco Cappai, Sara Perugini)

L'era digitale determina una crescente ibridazione tra soggetti, settori e attività, ponendo in seria difficoltà la matrice regolatoria europea, tradizionalmente risultante dalle intersezioni tra *silos* verticali di natura settoriale e discipline orizzontali.

La piattaforma digitale diviene la nuova *polis*, luogo di aggregazione, incontro e scambio, arena del confronto competitivo. Spazio virtuale in cui le forze contrapposte del mercato trovano una sintesi, talvolta anche ricoprendo diversi ruoli contemporaneamente. La piattaforma tende a dilatare (e finanche sostituire) l'idea di settore, mercato rilevante, professionista, consumatore, mettendo a dura prova categorie giuridiche concepite per contesti meno dinamici e complessi.

Di qui una serie di vivaci riflessioni istituzionali e l'avvio di un sentiero di riforme con la *Digital Single Market Strategy* firmata Juncker, ora nelle mani di Ursula von der Leyen.

Nel loro complesso, le normative esistenti non sono risultate del tutto inadeguate.

Interventi – anche significativi – vi sono stati.

Ma – secondo gli osservatori – frammentari, scarsamente armonizzati e, talvolta, intempestivi.

Scopo del seguente contributo è, dopo aver brevemente ripercorso le più recenti novità normative (§ 2) e i principali interventi dell'AGCM in materia di piattaforme digitali (§ 3), esaminare le riforme in atto a livello europeo (§ 4) al fine di domandarsi se vi sia spazio per ripensare, almeno in parte, la tecnica di governo dei mercati (§ 5).

1 Le opinioni dell'autore non impegnano l'Istituzione cui appartiene.
2 Il contributo è frutto di una riflessione congiunta degli Autori. Nello specifico, sono attribuibili a Marco Cappai i parr. 3.1, 4.1 e 5.1; mentre sono attribuibili a Sara Perugini i parr. 2, 3.2, 4.2 e 5.2.

2. LE DIRETTIVE *DIGITAL CONTENT*, *GOODS* E *OMNIBUS*

(Sara Perugini)

L'evoluzione tecnologica (Big Data, AI, IoT, *Blockchain*) e il "monopolio" delle *Big tech* – così lo definisce il Rapporto del Comitato giudiziario della Camera statunitense reso pubblico lo scorso 7 ottobre[3] – aprono una nuova fase nell'evoluzione del diritto dei consumi europeo, nella quale si pongono come cruciali due temi tra loro strettamente connessi: dal lato della domanda, la necessità di riconoscere la natura di corrispettivo alla cessione dei dati personali, una moneta di scambio alla quale i consumatori ancora non attribuiscono un valore reale; dal lato dell'offerta, la possibilità di ascrivere alle piattaforme *on-line* che creano il c.d. *valore digitale* specifiche responsabilità in ambito consumeristico.

È su questi due fronti che si concentrano gli interventi messi in campo dal legislatore europeo tesi ad attualizzare, mediante modifiche più o meno incisive, la normativa orizzontale esistente o ad introdurre nuove regole sul piano sostanziale e nuove forme di tutela successiva.

Sono espressione di questa fase le iniziative legislative che fanno parte del c.d. *New Deal for Consumers*, un insieme di prescrizioni finalizzato a modernizzare le regole di protezione dei consumatori in vista e in funzione della vertiginosa espansione dell'evoluzione digitale.

Vi rientrano, in particolare, le due recenti direttive di massima armonizzazione[4], che si inseriscono nell'ambito della più ampia strategia per il Mercato Unico digitale (*Digital Single Market*) adottata il 6 maggio 2015 dalla Commissione Europea al fine di innovare il mercato unico europeo: la Direttiva 2019/770/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (c.d. *Digital Content*) e la Direttiva 2019/771/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni (c.d. *Digital good*).

La prima si applica ai contenuti ed ai servizi digitali; la seconda viceversa si applica laddove il contenuto digitale sia incorporato o interconnesso con beni: ciò significa che nel rapporto tra *hardware* e *software* prevale l'*hardware*, con la conseguenza che nel caso di vendita di beni come gli *smartphone* si applicherà la Direttiva 2019/771/UE.

Per quanto di interesse, la novità più rilevante introdotta dalla Direttiva 2019/770/UE concerne la qualificazione del trasferimento dei dati personali come corrispettivo nel contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali e come obbligazione in tutto assimilabile al pagamento del prezzo.

In particolare, ai sensi dell'art. 3 par. 1 della Direttiva 2019/770/UE la stessa "*si applica ai casi in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*". Fanno eccezione il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico "*ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva*» ovvero «*per consentire l'assolvimento degli obblighi*

3 Dopo sedici mesi di indagini, l'*House Judiciary Committee*, ha stilato il rapporto sulle presunte pratiche anti-concorrenziali di Amazon, Apple, Facebook e Google. Il Comitato sostiene che nel tempo i quattro colossi abbiano abusato della loro posizione dominante incidendo su ogni settore digitale: *ecommerce*, ricerca online, pubblicità, social e editoria. Nel rapporto di 449 pagine, si evidenzia come le quattro compagnie siano diventate da *start-ups "scrappy"* a *"the kings of monopolies we last saw in the era of oil barons and railroad tycoons"*. Il documento è ricco di esempi di presunti abusi o conferme di monopoli che dovrebbero essere scandagliati dalle *Autority*. Amazon è accusata di sfruttare il proprio potere di mercato, fondato su 2,3 milioni di venditori globali di terze parti, per ostacolare i concorrenti, raccogliendo i dati sulle vendite e sui prodotti e stabilendo prezzi inferiori per sbaragliare gli avversari. La società, inoltre, manterrebbe in ostaggio i venditori, e con Amazon Web Services condizionerebbe l'operato degli sviluppatori open source. Apple è accusata di avere il monopolio del mercato delle app relative a iPhone e Ipad, di "generare profitti superiore al normale", di sfavorire i concorrenti nei risultati sulle ricerche sull'App Store, e di mettere in secondo piano di concorrenti mediante la pre-installazione sul telefono di *app* e servizi proprietari. Quanto a Facebook, il rapporto evidenzia la sussistenza di un potere monopolistico "saldamente radicato" nei *social* anche grazie ad acquisizioni strategiche o prodotti copia tanto da essere minacciato solo internamente da Instagram che ne minaccerebbe la popolarità di Facebook. Google è accusata di aver mantenuto il monopolio sulla ricerca acquistando anche informazioni da terze parti, senza autorizzazione. Avrebbe introdotto cambiamenti nel motore per avvantaggiare i suoi servizi rispetto a quelli degli altri. Inoltre avrebbe costretto i produttori di *smartphone* a impiegare il suo motore di ricerca come predefinito, in cambio della possibilità di installare Android e accedere al Play Store. Infine è accusata di avere una "intelligence di mercato quasi perfetta" grazie alla possibilità di accedere ai dati di oltre un miliardo di utenti tramite tutti i suoi prodotti. Il rapporto, per il momento, è alla base dell'azione mossa contro Google dal Dipartimento di Giustizia per abuso di posizione dominante.

4 Cfr. art. 4 della Dir. 2019/770 e art. 4 della Dir. 2019/771 secondo cui: *"Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso"*.

di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti"[5].

La Direttiva 2019/770/UE, riconoscendo espressamente la natura di corrispettivo contrattuale dei dati personali[6], rappresenta, pertanto, la prima emersione sul piano del diritto positivo di un principio cardine nella disciplina del mercato digitale. I dati hanno un valore, sono una moneta di scambio e, sul piano giuridico, costituiscono la controprestazione del servizio.

Invero, l'applicabilità della disciplina consumeristica anche ai contratti che consentono l'accesso a beni o servizi senza un esborso monetario, ma rendendo disponibili all'impresa i propri dati personali, e la previsione di obblighi informativi supplementari per le piattaforme *online,* rappresentano anche i principali obiettivi della Direttiva 2019/2161/UE (c.d. Direttiva *Omnibus*) che integra e modifica le direttive in tema di pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE), *Consumer rights* (2011/83/UE), clausole vessatore (93/13/CEE) e indicazione dei prezzi per unità di misura (98/6/CE).

Del provvedimento, basti ricordare che, in coerenza con quanto disposto dalla Direttiva 2019/770/UE, l'ambito di applicazione della *Consumer rights* viene esteso, per ricomprendervi i contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali che non prevedono la corresponsione di un prezzo, ma l'impegno del consumatore a rendere disponibili al professionista i propri dati personali con le stesse esclusioni previste dalla *digital content*[7]. Vengono inoltre previsti specifici e ulteriori oneri informativi precontrattuali per i contratti a distanza conclusi mediante una piattaforma *online*[8].

Gli interventi normativi, che attendono tutti ancora di essere recepiti dalla maggior parte degli Stati membri, prima fra tutti l'Italia, rispondono al primo quesito riconoscendo espressamente la natura di controprestazione dei dati personali, ma si occupano solo marginalmente e in modo complessivamente non soddisfacente della responsabilità delle piattaforme, che pertanto rimane il tema centrale al quale, almeno nelle intenzioni, sembra rivolgersi il *Digital Services Act* (§3).

3. IL RUOLO PROPULSIVO ESERCITATO DALL'AGCM

(Marco Cappai, Sara Perugini)

3.1. L'antitrust, non è un mistero, vive una stagione di profondi ripensamenti e cambiamenti di prospettiva[9]. An-

5 In relazione all'ambito di applicazione la scelta finale del legislatore europeo è stata quella di non delimitare le modalità con cui vengono conferiti i dati personali, così come, viceversa, veniva prefigurato nel considerando n. 14 della Proposta di direttiva del 9 dicembre 2015 che prospettava, sollevando dubbi tra gli interpreti, di circoscrivere l'applicazione della direttiva "solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l'indirizzo email o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori".

6 Come si è già avuto modo di evidenziare il principio era stato sancito a più riprese dalla Commissione Europea che già nell'esaminare i profili concorrenziali dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, aveva incluso numerose considerazioni sul valore economico dei dati degli utenti dei *consumer communication services* evidenziando come, in genere, gli operatori di *social network* offrano i loro servizi "gratuitamente" ricavando, tuttavia, una remunerazione non pecuniaria dalla pubblicità e dai servizi *premium.* Nelle stesse decisioni, sempre presupponendo il valore economico dei dati, aveva analizzato l'effetto della concentrazione tra Facebook e WhatsApp in termini di *"Data collected from WhatsApp's users"* affermando che "[*t*]*his would have the effect of reinforcing Facebook's position in the online advertising market or sub segments thereof*" (cfr. COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, §129 ss.). Successivamente, anche negli orientamenti del 25 maggio 2016 per l'attuazione e applicazione della direttiva 2005/29/UE in materia di pratiche commerciali scorrette, veniva testualmente affermato che "i dati personali, le preferenze dei consumatori, e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi". Sul punto v. S. Perugini, *L'AGCM di fronte alle sfide della Data Economy*, in *Consumerism 2018, undicesimo Rapporto annuale*, 25 nonché Id. *Social Economy e tutela del consumatore: il ruolo dell'AGCM*, in *Consumerism 2017, decimo Rapporto annuale*, 2017, 29.

7 *"tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo"* (art. 3 1-*bis*).

8 Più nello specifico, ai sensi dell'art. 6-*bis* prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza concluso mediante una piattaforma, il gestore di tale piattaforma deve indicare: i) quali siano i principali parametri che determinano il posizionamento delle offerte presentate al consumatore in esito a una sua ricerca effettuata sulla piattaforma; ii) se il soggetto con il quale il consumatore stipula il contratto sia un professionista; iii) se a tale contratto si applichi il diritto dei consumatori dell'Unione Europea; iv) a quale professionista, se del caso, spetti di garantire l'applicazione dei diritti dei consumatori.

9 M. Cappai, G. Colangelo, *Navigating the Platform Age: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.*, 10 aprile 2020, TTLF Working Papers No. 55, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/04/cappai_colangelo_wp55.pdf.

corché vi siano stati – sia sul piano nazionale[10] che a livello di G7[11] – posizionamenti meno dirompenti (o comunque volti a suggerire maggiore cautela), la reportistica diffusasi soprattutto nel corso dell'ultimo anno evidenzia una crescente propensione ad ampliare la *toolkit* degli antitrust *enforcer* con strumenti di stampo prettamente regolatorio o quasi-regolatorio[12].

Pur non rinunciando ad avviare ulteriori istruttorie antitrust nei mercati digitali[13], la Commissione europea sembra essere oramai orientata verso quest'ultima opzione di *policy* e, sulla scia dei primi timidi passi mossi con i Regolamenti *Platform to Business* (2019/1150/UE) e *Free Flow of non-personal data* (1807/2018/UE), ha avviato le consultazioni per formulare entro l'anno una più ambiziosa proposta legislativa, il *Digital Services Act*, dai contorni, sembrerebbe, marcatamente regolatori.

Da quanto precede si coglie come gli sforzi istruttori compiuti dall'AGCM nel digitale non possano ritenersi scontati, giacché l'esistenza stessa di un dibattito *regulatory sounding* denota alcune innegabili difficoltà, in parte teoriche e in parte strutturali, incontrati nel catturare i fenomeni *digital* attraverso lo strumentario classico.

Tenendo in questa sede da parte istruttorie più agevolmente riconducibili a fattispecie consolidate nel diritto della concorrenza (si pensi, nell'ambito del commercio elettronico, all'accordo restrittivo *ex* art. 101, § 1, lett. *b*), TFUE recentemente contestato ad Apple e Amazon[14)], interessanti sviluppi sono attesi sulle *investigation* lanciate contro Amazon[15] e Google[16].

Nel primo caso, Amazon, dominante del mercato degli *online marketplace*, conferirebbe unicamente ai venditori terzi che aderiscono al servizio di logistica offerto da Amazon stessa ("Logistica di Amazon" o "Fulfillment by Amazon" - FBA) vantaggi in termini di visibilità della propria offerta e di miglioramento delle proprie vendite su Amazon.com, rispetto ai venditori che non sono clienti di Logistica di Amazon (*in primis*, attraverso l'inserimento dei relativi articoli nel c.d. *buy box*, cruciale per i venditori[17]). Tali condotte potrebbero ostacolare un confronto competitivo basato sui meriti, in considerazione della possibilità di Amazon di discriminare sulla base dell'adesione o meno da parte dei venditori al servizio di logistica FBA ("*self-preferencing*"). Attraverso tali condotte, Amazon sarebbe in grado di sfruttare indebitamente la propria posizione dominante nel mercato a monte dei servizi d'intermediazione sulle piattaforme per il commercio elettronico al fine di restringere significativamente la concorrenza nel mercato a valle dei servizi di gestione del magazzino e di spedizione degli ordini per operatori di e-commerce (mercato dei servizi di logistica), nonché, potenzialmente, nel medesimo mercato dei servizi d'intermediazione sui *marketplace*, a danno dei consumatori finali.

Secondo i commentatori, si tratterebbe di una forma di "*hybrid self-preferencing*", nel mezzo tra "*pure*

10 AGCM, AGCom, Garante Privacy, *Indagine Conoscitiva su Big Data*, febbraio 2020, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf; Nordic Competition Authorities, *Digital Platforms and the Potential Changes to Competition Law at the European Level*, settembre 2020, https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/2020/20200928-digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law/.

11 G7 Competition Authorities (Italy, France, Germany, Canada, United Kingdom, United States of America, European Commission Union and Japan), *Common Understanding on competition and the digital economy*, Parigi, 5 giugno 2019, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-07/g7_common_understanding.pdf.

12 Autorité de la concurrence, *Contribution to the debate on competition policy and digital challenges*, 19 febbraio 2020, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en_0.pdf; Belgian Competition Authority, Dutch Authority for Consumers & Markets, Luxembourg Conseil de la Concurrence, *Joint memorandum on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 2 ottobre 2019, https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/publications/joint-memorandum-belgian-dutch-and-luxembourg-competition-authorities; J. Crémer - Y.A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition Policy for the digital era*, Final report for European Commission - DG Competition, 4 aprile 2019, https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf; Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, Report per il Governo del Regno Unito, March 2019; UK CMA,
Online platforms and digital advertising market study, 1° luglio 2020, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf; M. Schallbruch, H. Schweitzer, A. Wambach (Commissione "Competition Law 4.0"), *A new competition framework for the digital economy*, settembre 2019, Report per il Ministero della Repubblica federale tedesca per gli affari economici e per l'energia, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3; Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, *Market Structure and Antitrust Subcommittee*, Final Report, settembre 2019, https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference/digital-platforms-committee; Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), *Digital platforms inquiry*, giugno 2019, https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report; U.S. House of Representatives, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets*, Majority Staff Reports and Recommendations, 2 ottobre 2020, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

13 Si pensi ai correnti filoni *Apple* (AT.40437 e AT.40652) e *Amazon* (AT.40462).

14 I842 - *VENDITA PRODOTTI APPLE E BEATS SU AMAZON MARKETPLACE*, in cui si contesta un possibile accordo commerciale tra i gruppi Amazon ed Apple, in base al quale la vendita di prodotti Apple e Beats sul *marketplace* Amazon sarebbe affidata in esclusiva ad Amazon e altri rivenditori ufficiali Apple, escludendo gli altri operatori economici che prestano legittimamente l'attività di vendita di tali prodotti. Tale accordo – si legge nell'avvio – potrebbe impedire l'accesso ai servizi di intermediazione per la vendita su *marketplace*, in cui Amazon rappresenta il primario operatore, ad un insieme di rivenditori di prodotti di elettronica di consumo che non aderiscono ai programmi di distribuzione ufficiale di Apple, ma che vendono lecitamente i prodotti Apple e Beats avendoli acquistati tramite il canale dei grossisti Apple (Avvio, §§ 26-27). Si tratterebbe di un accordo di natura reciproca: da un lato, Apple concede ad Amazon la distribuzione ufficiale dei prodotti Apple e, dall'altro, Amazon riconosce ad Apple l'esclusiva dei servizi di marketplace ai soli rivenditori ufficiali Apple (tra cui è individuata la stessa Amazon) (Avvio, § 34).

15 A528 – *FBA AMAZON*.

16 A529 – *GOOGLE/COMPATIBILITÀ APP ENEL X ITALIA CON SISTEMA ANDROID AUTO*.

17 Avvio, § 27.

self-preferencing", di natura escludente, e *"pure secondary line self-preferencing"*, riconducibile agli abusi di sfruttamento[18].

Nel secondo caso, Google, qualificata come dominante nei mercati dei *licensable smart mobile Operating Systems* (con Android) e degli App Store per tale sistema (con Google Play Store), nonché sviluppatrice di alcune *app* proprietarie (Google Maps), avrebbe negato, senza apparenti giustificazioni obiettive[19], l'accesso al sistema Android Auto[20] da parte dell'app Enel X Recharge, sviluppata da Enel X, pur liberamente scaricabile dal Play Store su *smartphone* e *tablet*. Tale *app* consente agli utenti di individuare e prenotare colonnine di ricarica di veicoli elettrici e di essere navigati, attraverso l'estensione con Maps, verso le stesse. A seguito delle richieste di Enel X, Google ha confermato l'esclusione del sistema Android Auto proponendo come unica possibilità di integrare il sistema di navigazione verso colonnine di ricarica in Google Maps, utilizzabile su Android Auto, che però si trova, almeno in parte, in rapporto di concorrenza con Enel X Recharge. Secondo l'Avvio, il rifiuto di Google di integrare l'app Enel X Recharge nel sistema Android Auto limiterebbe l'utilità di tale *app* a vantaggio di Google Maps, così alterando le dinamiche competitive e ostacolando lo sviluppo di un servizio innovativo e l'esplicarsi di una concorrenza basata sul merito[21].

Secondo i commentatori, si tratterebbe di una forma di *"pure self-preferencing"*, di natura escludente e sostanzialmente apparentabile al *refusal to deal*, con conseguente applicazione dei criteri *Bronner*, a meno che non venga costruito come *construcive refusal to deal* o *margin squeeze*[22].

In entrambe le istruttorie, l'Autorità sarà chiamata a dimostrare, oltre alla dominanza, che: i) il trattamento più favorevole dei propri servizi ad opera di una impresa verticalmente integrata rientri in una delle *theory of harm* elaborate intorno all'art. 102 TFUE (si auspica che la decisione del Tribunale UE su *Google Shopping* possa fare chiarezza sul punto); ii) i servizi preclusi (rispettivamente, Amazon *buy box* e Android Auto) siano effettivamente necessari per poter competere in maniera effettiva sul mercato; iii) non sussistano ragioni oggettive che possano giustificare il comportamento tenuto dalle imprese in posizione dominante.

E l'esistenza stessa di svariate proposte di *policy* tese a proibire *ex ante*, attraverso un approccio prettamente regolatorio, pratiche di *self-preferencing* ascrivibili a piattaforme digitali con una posizione di *gatekeeper* indica che tale compito richiederà un non indifferente sforzo istruttorio da parte dell'Autorità.

3.2. Sul piano consumeristico, la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, la *Consumer rights* e la disciplina delle clausole vessatorie (in una con il coraggio applicativo delle Autorità nazionali) hanno consentito, in attesa che si consolidi una proposta della Commissione sul *Digital Services Act* e ancor prima del recepimento delle Direttive *Digital Content*, *Goods* e *Omnibus*, per cenni delineate, di colmare i vuoti e avanzare le tutele.

Come si è già avuto modo di osservare negli scorsi Rapporti, è all'esperienza applicativa dell'*Antitrust* che si deve l'ingresso nel nostro ordinamento di un concetto chiave oramai chiaro anche al legislatore europeo (§2): il valore del dato personale come controprestazione di servizi definiti gratuiti. Un concetto sul quale si fonda l'intera costruzione della relazione tra *Big Tech* e singoli utenti come rapporto di consumo in quanto tale suscettibile di indagine da parte dell'*Autority*.

L'assunto espresso a chiare lettere nei noti provvedimenti sanzionatori adottati nei confronti di Facebook e Wha-

18 I. Graef, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, https://doi.org/10.1093/yel/yez008, 5-6.

19 Avvio, § 39.

20 Avvio, § 20: "Android Auto è un'applicazione di Android che consente di visualizzare sul *display* delle auto, elettriche e con altra alimentazione, alcune *app* e di utilizzare dette *app* e alcune funzionalità del telefonino (chiamate, sms) attraverso i comandi integrati nel veicolo (volante, *display* dell'auto, manopole) e i comandi vocali, così da limitare la distrazione durante la marcia e mantenere la sicurezza della guida. Le *app* disponibili su Android Auto riguardano mappe, messaggistica, chiamate, *streaming* musicale, *podcast*, radio, audiolibri, e-*book* e *news*".

21 Avvio, § 35.

22 I. Graef, *Differentiated Treatment* cit., 30.

tsapp[23] è oggi posto nuovamente alla base delle istruttorie avviate qualche settimana fa nei confronti dei principali operatori a livello globale dei servizi di *cloud computing*: Google, Apple e Dropbox.

L'Autorità ha avviato sei istruttorie nei confronti dei tre colossi del *web*, ciascuno dei quali è interessato sia da un procedimento per presunte pratiche commerciali scorrette e/o violazioni della direttiva *Consumer rights* sia da uno per presunte clausole vessatorie incluse nelle condizioni contrattuali. In particolare, le istruttorie per pratiche scorrette nei confronti di Google e Apple riguardano la mancata o inadeguata indicazione, in sede di presentazione del servizio, dell'attività di raccolta e utilizzo a fini commerciali dei dati forniti dall'utente e il possibile indebito condizionamento nei confronti dei consumatori che, per utilizzare il servizio di *cloud storage*, non sarebbero in condizione di esprimere all'operatore il consenso alla raccolta e all'utilizzo a fini commerciali delle informazioni che li riguardano.

Le stesse contestazioni vengono mosse anche a Dropbox, cui si imputa – in aggiunta – di aver omesso di fornire in maniera chiara e immediatamente accessibile le informazioni sulle condizioni, sui termini e sulle procedure per recedere dal contratto e per esercitare il diritto di ripensamento, nonché di non consentire all'utente l'agevole ricorso a meccanismi extra-giudiziali di conciliazione delle controversie, cui il professionista sia soggetto, con le indicazioni necessarie per accedervi.

I procedimenti per clausole vessatorie riguardano, invece, alcune condizioni contrattuali predisposte nei relativi modelli delle predette società, quali: l'ampia facoltà – da parte dell'operatore – di sospendere e interrompere il servizio; l'esonero di responsabilità anche in caso di perdita dei documenti conservati sullo spazio *cloud* dell'utente; la possibilità di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; la prevalenza della versione in inglese del testo del contratto rispetto a quella in italiano.

Oltre alla realtà delle *Big Tech*, gli sforzi compiuti dall'Autorità per colmare i vuoti di tutela si colgono anche negli interventi che hanno caratterizzato l'azione di *enforcement* nel corso dell'emergenza sanitaria. Consapevole che la diffusione del contagio richiede di reprimere prontamente ogni sfruttamento opportunistico della crisi e di svolgere controlli efficaci per assicurare la regolare fornitura dei presidi sanitari e dei farmaci, l'Autorità è intervenuta con rapidità nei settori maggiormente interessati, imponendo l'immediata cessazione delle condotte anomale degli operatori attraverso l'utilizzo dei poteri cautelari e l'oscuramento dei siti *web*. Gli interventi hanno riguardato il settore dell'*e-commerce* con riferimento, tra l'altro, alle modalità di commercializzazione di prodotti igienizzanti e mascherine di protezione delle vie respiratorie[24], alla vendita di farmaci dalle false proprietà antivirali[25] e di test per l'autodiagnosi del contagio[26], alle modalità scorrette di raccolta fondi a scopo benefico[27], e ancora, alla pubblicizzazione di test per anticorpi Covid-19 da parte di strutture sanitarie private e di laboratori di analisi[28].

4. LE RIFORME IN ATTO

(Marco Cappai, Sara Perugini)

4.1 Dopo oramai un ventennio di dibattito, il tema centrale nei mercati *online* rimane quello della "responsabilizzazione", a vario titolo, delle piattaforme digitali.

Se dell'*Internet Service Provider (*ISP) immaginato dalla Direttiva e-Commerce del 2000 le odierne *Big Tech* hanno

23 Principi analoghi sono stati posti alla base delle decisioni adottate dall'AGCM nei confronti di *social media* come Facebook e WhatsASpp, dove il rapporto tra piattaforma e consumatore è stato ricondotto sotto la nozione di rapporto di consumo, con conseguente possibile applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, proprio sul presupposto che i dati, in ragione del loro valore economico, rappresentano la controprestazione non pecuniaria di servizi offerti gratuitamente (cfr. Provv. 27432 del 29.11.2018, *Facebook condivisione dati con i terzi*, in *Boll.* 46/2018; Provv. 26597 del 11.05.2017, *Whatsapp, trasferimento dati a Facebook,* in *Boll.* 18/2017).
24 Cfr. PS11736, PS11732, PS11734.
25 Cfr. PS11723.
26 Cfr. PS11727.
27 Cfr. PS11726.
28 Cfr. DC9877.

oramai poco, allora, secondo molti osservatori, di quelle immunità non dovrebbero più godere (o, almeno, non nella stessa misura).

Da questo punto di vista, alcune prime aperture sono giunte dalla Corte di giustizia[29].

Il percorso è proseguito sul piano normativo. Oltre al GDPR e alla modernizzazione del diritto dei consumi (Direttiva *Omnibus* 2019/2161/UE), al pacchetto *e-Commerce* composto dalle Direttive *Digital Content* (2019/770/UE), e *Goods* (2019/771/UE) cui si è fatto cenno, per una prima forma di regolazione dei *number-dependent communications services* Over the Top (OTT) occorre guardare al Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (Direttiva 2018/1972/UE). Chiudono il cerchio i Regolamenti *Platform to Business* (2019/1150/UE) e *Free Flow of non-personal data* (1807/2018/UE), dall'approccio *light touch*.

Complessivamente, la risposta normativa al fenomeno digitale non è stata giudicata, però, ancora adeguata. Inoltre – si ritiene a più voci – il corrente quadro normativo non sarebbe idoneo a garantire la certezza del diritto, obiettivo fondamentale se si punta alla piena realizzazione di un DSM.

Questo è lo spazio che dovrà occupare il *Digital Services Act*, chiamato a disciplinare unitariamente temi spinosi, come ad esempio il controllo da parte delle piattaforme digitali dell'*Hate Speech* e dell'*Illegal Content*.

Secondo il Commissario Thierry Breton, "*there is a feeling from end users of these platforms that they are too big to care*". Non è in discussione l'esenzione di responsabilità *tout court*. A quanto si apprende, "*the safe harbour of the liability exemption will stay*". Tuttavia, secondo un modello scalare, responsabilità e obblighi aumenteranno, anche in via asimmetrica, con l'aumentare delle dimensioni aziendali e in funzione del numero di attività contestualmente svolte dalla piattaforma. "*It's like for small banks and big banks you don't have the same rules – you have more flexibility for the smaller players and of course when you become a systemic [bank] you have a* [different] *set of rules*"[30].

Sul piano concorrenziale, la Commissione è al lavoro per modernizzare le regole della concorrenza (regolamenti di esenzione e orientamenti su accordi orizzontali e verticali, comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, *framework* sugli aiuti di Stato), ma riconosce al contempo che "*la politica di concorrenza* [...] *non può risolvere da sola tutti i problemi sistemici che possono sorgere nell'economia delle piattaforme*", di modo che potranno "*essere necessarie ulteriori regole per garantire contendibilità, equità e innovazione e la possibilità di ingresso nel mercato, nonché gli interessi pubblici che vanno al di là di considerazioni economiche o legate alla concorrenza*"[31].

Di assoluto rilievo è la proposta, pure sul tavolo, di introdurre un *New Competition Tool*, che attribuisca alla Commissione europea il potere di condurre *market investigation* alla britannica, ad esito delle quali imporre, se del caso, misure rimediali di carattere non punitivo, anche asimmetriche (Opzioni 2 e 4), sia comportamentali che, in casi limite, strutturali[32].

L'esame della reportistica internazionale rende chiaro che, in una simile evenienza, una delle principali misure sarà, insieme al possibile obbligo di *data sharing* e interoperabilità, il divieto, *ex ante*, di ricorrere a pratiche di *self-preferencing*, delineando, in via di fatto, un regime regolatorio di *platform neutrality*.

Se questa è la direzione, allora la strada maestra dell'agenda europea pare decisamente essere quella di un *more regulatory approach to antitrust law*.

4.2. Ai fini dell'analisi rileva inoltre, sul piano delle tutele, la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio adottata dalla Commissione l'11 aprile 2018 relativa alle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori (COM(2018)184 final – allegato 1), nata nell'ambito del *New deal for Consumers*.

29 *Bonnier Audio AB e a.*, C-461/10; *Google Spain*, C-131/12.
30 J. Espinoza, S. Fleming (Financial Times), *EU seeks new powers to penalise tech giants*, 20 settembre 2020, https://www.ft.com/content/7738fdd8-e0c3-4090-8cc9-7d4b53ff3afb.
31 Commissione europea, Comunicazione "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*", COM(2020) 67 final, 8-9.
32 Commissione europea, *New Competition Tool*, Inception impact assessment, 2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool.

La proposta, sulla quale il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico il 22 giugno 2020, intende apportare incisive modifiche al vigente regime delle azioni collettive di cui alla Direttiva 2009/22/CE, che, allo stato, disciplina unicamente le azioni collettive inibitorie.

In particolare, l'intenzione del legislatore è quella di introdurre, sul piano unionale, un modello armonizzato di azione rappresentativa risarcitoria (la c.d. *class action*) volta ad assicurare il ristoro degli interessi economici dei consumatori pregiudicati da violazioni «*che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori*», ivi comprese le violazioni in materia di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori nei contratti e clausole vessatorie.

Nel disegno europeo, in estrema sintesi, le azioni in esame devono essere proposte da enti legittimati – che devono rispettare una serie di criteri enunciati nel provvedimento dell'Unione – e sono volte ad assicurare il ristoro degli interessi economici dei consumatori che subiscono un pregiudizio dalla violazione di norme a loro tutela, mediante l'emanazione di un "decreto di risarcimento" che obblighi il professionista a provvedere, tra l'altro, a seconda del caso all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato.

Le condotte, a dimensione transfrontaliera o nazionale, devono essere caratterizzate dalla idoneità a determinare la lesione di una pluralità tendenzialmente omogenea di interessi individuali e a pregiudicare posizioni giuridiche di autonoma rilevanza collettiva (c.d. illeciti di massa).

La previsione, oltre agli evidenti problemi di coordinamento che si porranno in sede di attuazione con la corrispondente azione italiana – sottratta al Codice del consumo e confluita nel Codice di Procedura Civile[33] – potrebbe costituire una ulteriore leva per le *Autority* che, in quanto soggetti legittimanti a proporre l'azione, potrebbero favorire l'emersione di regole e *best practices*, recepite per il loro tramite, sul piano del diritto positivo e per le stesse associazioni dei consumatori che, date le modifiche apportate dalla Proposta anche all'azione inibitoria, potrebbero godere di un accrescimento del loro ruolo (v. § 5.2).

5. VERSO NUOVE TECNICHE DI GOVERNO DEI MERCATI?

(Marco Cappai, Sara Perugini)

5.1 Si fa strada, nel governo del mercato, un crescente impiego di tecniche normative ascensionali, incentrate su un *blend* di auto o co-regolazione e coordinamento ed *enforcement* pubblicistico.

Anziché calare regole dall'alto per poi incontrare delle difficoltà nel momento, discendente, applicativo, in alcuni ambiti si tenta di rovesciare lo schema, favorendo l'emersione di soluzioni pratiche direttamente dal mercato, nell'auspicio che esse, ove raggiungano lo stadio di *best practices*, possano essere elevate a regole di comportamento generali e di diritto positivo.

Lo strumento di elezione per attuare questo circolo regolatorio diviene il Codice di condotta dotato di meccanismi interni di autodisciplina.

33 Invero, in ambito nazionale, il legislatore italiano è già intervenuto per consentire che i diritti individuali omogenei e gli interessi collettivi dei consumatori possano essere tutelati attraverso un'azione di classe, che ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento e alle restituzioni nei confronti dei soggetti danneggiati dall'illecito. La relativa disciplina, originariamente contenuta nell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo rubricato "azione di classe" adottato dal legislatore domestico nel 2007, è stata trasferita nel Codice di procedura civile. In particolare, la legge 31/2019 ha introdotto nel c.p.c. il Titolo VIII *bis* rubricato "Dei procedimenti collettivi" e, più nello specifico, gli artt. 840-*bis* – 840-*quinquisdecies* in materia di "azione di classe" entrati in vigore il 19 aprile 2020. Dopo l'approvazione della direttiva, l'interprete sarà quindi inevitabilmente chiamato ad affrontare delicate questioni di compatibilità tra l'impianto del diritto nazionale e la nuova *class action* europea.

Non si tratta di una novità assoluta: ve ne è traccia, quanto alle relazioni B2C, negli artt. 18, comma 1, lett. *f)*, 27-*bis* e 27-*ter* Codice consumo; nelle relazioni B2B, l'esperienza più significativa è quella del settore agroalimentare, in cui la *Supply Chain Initiative* (SCI), avvicinandosi al modello del Groceries Code Adjudicator del Regno Unito, ha portato, dopo anni di sedimentazione dal basso, all'adozione della Direttiva 2019/633/UE *"in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare"* (il cui considerando 41 fa salvi i codici di condotta e le normative nazionali, tra cui l'art. 62 D.L. n. 1/2012).

Nei mercati digitali, il Codice di condotta è lo strumento esplicitamente promosso nel Regolamento *Free flow of non-personal data* e nei *Common European Data Spaces*[34]. Sulla base delle informazioni disponibili, non può escludersi che esso possa essere recepito anche nel *Digital Services Act*, sulla scorta della recente esperienza britannica e australiana.

Il che autorizza una riflessione.

Ragionando *de iure condendo* sul Codice del consumo, nello scorso Rapporto si è proposto di far leva sui Codici di condotta per andare oltre il modello, statico, della *disclosure regulation*[35].

Nel tener fermo il suggerimento, nel presente Rapporto si intende porre in luce una tendenza che pare trasparire dal dibattito istituzionale intorno alla *governance* delle piattaforme digitali.

A differenza delle precedenti esperienze, che per forza di cose tendevano a isolare nettamente i rapporti B2C da quelli B2B, nella seconda ipotesi ricollegando l'applicazione della disciplina di maggior favore a specifici e statici limiti dimensionali della (micro)impresa (cfr., emblematicamente, l'art. 1 della citata Direttiva 2019/633/UE), nel caso delle piattaforme digitali non può escludersi che le oggettive difficoltà incontrate nell'individuare la "taglia" che identifica il "soggetto debole" possano portare all'affermazione di criteri più elastici, fondati su un'asimmetria contrattuale più funzionale che dimensionale.

Coniugando tutela della concorrenza e tutela del consumatore, l'AGCM, ancorché sprovvista di specifici poteri normativi, è ben situata per realizzare l'unitarietà (e la coerenza) delle tutele.

5.2. Nell'ambito del circolo regolatorio al quale si è fatto cenno, un ruolo decisivo è assegnato all'*enforcement* pubblico che, in materia consumeristica, trova la sua massima espressione nell'azione dell'AGCM.

Le decisioni dell'*Autority*, infatti, costituiscono spesso un punto di riferimento oltre che nella interpretazione delle normative esistenti[36] anche nella definizione delle politiche europee.

Invero, sul piano normativo, l'impiego del modello ascensionale che si fonda, come detto, sull'emersione delle soluzioni dal mercato, è stato ampiamente utilizzato dall'Unione europea che, in diverse occasioni, ha tipizzato come illeciti consumeristici prassi sanzionate dall'AGCM in forza del quadro normativo previgente.

Le soluzioni individuate dall'*Autority* si ritrovano così nelle norme di attuazione della *Consumer rights*[37] e nell'opera di modernizzazione del diritto dei consumatori, obiettivo della Direttiva *Omnibus*. Sia le modifiche introdotte in materia di p.c.s. che quelle in materia di diritti dei consumatori nei contratti, difatti, almeno in parte, tipizzano fattispecie accertate dall'Autorità. Si pensi, rispetto alla direttiva 2005/29/UE, all'ampliamento dell'elenco tassativo di pratiche che si considerano di per sé ingannevoli integrato con ipotesi vietate dall'autorità in base alle

34 Comunicazione della Commissione *"Una strategia europea per i dati"*, COM(2020) 66 final.

35 In particolare, inserendo negli artt. 48-49 del Codice una norma che attribuisca rilevanza giuridica a Codici di condotta che consentano, ai professionisti e alle associazioni di consumatori e di categoria che vi aderiscano, di predisporre un'informativa, aggiuntiva o integrativa rispetto a quella di legge (che potrebbe essere al contempo snellita), più attenta al lato *emotional* e *behavioural* della comunicazione (*i.e.* quelle informazioni che il consumatore ricerca nei primi secondi di navigazione) e tarata, attraverso tecniche incentrate sui Big data, sul peculiare prodotto o servizio interessato e sui consumatori che ci si attende possano esserne destinatari (*nudging*).

36 Basti pensare ai diversi esempi presenti negli orientamenti del 25 maggio 2016 per l'attuazione e applicazione della Direttiva 2005/29/UE in materia di pratiche commerciali scorrette.

37 Tra i casi più noti, si pensi alle forme di ingannevolezza per omissione (es. in materia di prezzi), al filone delle attivazioni non richieste (o non consapevoli) ed alle condotte in tema di recesso. Per una riflessione v. S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustizia Civile.com*, 21 maggio 2014.

clausole di specie[38] ovvero alla stessa nozione di controprestazione della cessione dei dati personali, da tempo qualificati come moneta di scambio nei provvedimenti dell'AGCM (v. § 2).

Non può dunque negarsi che, in ambito consumeristico, il coraggio applicativo dell'AGCM abbia favorito la formazione di *best practices,* recepite dal legislatore europeo ed entrate a far parte del diritto positivo.

Un ruolo centrale nel circolo regolatorio che l'Autorità potrebbe ricoprire anche rispetto alle regole definite in sede di autodisciplina e raccolte nei Codici di condotta, sviluppati dal basso attraverso le competenti associazioni rappresentative, dato che, in forza della normativa vigente, il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici, al ricorrere di determinate condizioni, può integrare una pratica commerciale scorretta in violazione dell'art. 21 comma 2, lett. *b)* del Codice del consumo[39].

Bibliografia

AGCM, AGCom, Garante Privacy, *Indagine Conoscitiva su Big Data*, febbraio 2020, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf

Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), *Digital platforms inquiry*, giugno 2019, https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report;

Autorité de la concurrence, *Contribution to the debate on competition policy and digital challenges*, 19 febbraio 2020, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/202003/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en_0.pdf

Belgian Competition Authority, Dutch Authority for Consumers & Markets, Luxembourg Conseil de la Concurrence*, Joint memorandum on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 2 ottobre 2019, https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/publications/joint-memorandum-belgian-dutch-and-luxembourg competition-authorities

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Cappai M., Colangelo G., *Navigating the Platform Age: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.*, 10 aprile 2020, TTLF Working Papers No. 55, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/04/cappai_colangelo_wp55.pdf.

Commissione europea "*Una strategia europea per i dati*", COM(2020) 66 final

Commissione europea, "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*", COM(2020) 67 final, 8-9

Commissione europea, *New Competition Tool*, Inception impact assessment, 2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool.

conseguente possibile applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, proprio sul presupposto che i dati, in ragione del loro valore economico, rappresentano la controprestazione non pecuniaria di servizi offerti gratuitamente

Crémer J. - de Montjoye Y.A., Schweitzer H., *Competition Policy for the digital era*, Final report for European Commission - DG Competition, 4 aprile 2019, https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf

Espinoza J., Fleming S. (Financial Times), *EU seeks new powers to penalise tech giants*, 20 settembre 2020, https://www.ft.com/content/7738fdd8-e0c3-4090-8cc9-7d4b53ff3afb

G7 Competition Authorities (Italy, France, Germany, Canada, United Kingdom, United States of America, European Commission Union and Japan), *Common Understanding on competition and the digital economy*, Parigi, 5 giugno 2019, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-07/g7_common_understanding.pdf

Graef I., *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, https://doi.org/10.1093/yel/yez008, 5-6, 30.

38 Si pensi, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 23*bis* che considera di per sé ingannevole "*Rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti (punto 23 bis)*" (una problematica – il c.d. *secondaire ticketing* – attenzionata dall'AGCM) o ancora alle pratiche commerciali concernenti le false recensioni dei consumatori sulle quali l'Autorità è a più riprese intervenuta e consistenti: i) nell'indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori (punto 23 *ter*); ii) nell'inviare o incaricare un'altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti (punto 23 *quater*).

39 Ai sensi dell'art. 21 comma 2, lett. b) del Codice del consumo, infatti, è considerata ingannevole una pratica commerciale che comporti "*il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato al codice*".

Nordic Competition Authorities, *Digital Platforms and the Potential Changes to Competition Law at the European Level*, settembre 2020, https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/2020/20200928-digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law/

Perugini S., *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustizia Civile.com*, 21 maggio 2014

Perugini S., *L'AGCM di fronte alle sfide della Data Economy*, in *Consumerism 2018, undicesimo Rapporto annuale*, 25

Perugini S., *Social Economy e tutela del consumatore: il ruolo dell'AGCM*, in *Consumerism 2017*, *decimo Rapporto annuale*, 2017, 29.

rivenditori di prodotti di elettronica di consumo che non aderiscono ai programmi di distribuzione ufficiale di Apple, ma che

Schallbruch M., Schweitzer H., Wambach A. (Commissione "Competition Law 4.0"), *A new competition framework for the digital economy*, settembre 2019, Report per il Ministero della Repubblica federale tedesca per gli affari economici e per l'energia, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, *Market Structure and Antitrust Subcommittee*, Final Report, settembre 2019, https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference/digital-platforms-committee

U.S. House of Representatives, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets*, Majority Staff Reports and Recommendations, 2 ottobre 2020, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf

(Paolo Occhiuzzi)

Piattaforme digitali e trasporti: tendenze evolutive

Nel mercato digitale e, dunque, dei servizi di trasporto della new economy, *nascono nuove piattaforme tecnologiche per la mobilità di persone e merci con modelli eterogenei: si supera il paradigma della mera intermediazione tra domanda e offerta e di visualizzazione, prenotazione e vendita dei biglietti, per approdare a modelli più complessi in cui la piattaforma è messa a disposizione da gruppi integrati verticalmente, proprietari di asset strategici materiali (i.e. stazioni, reti ferroviarie, materiale rotabile e altri impianti strumentali ai servizi di trasporto) e immateriali (i.e. informazioni sui propri utenti) e presenti in diversi settori della mobilità con proiezione internazionale.*

In tale scenario, nel settore dei trasporti, connotato da un vivace dinamismo, succede che le norme vigenti per i cittadini utenti non riescono a garantire una idonea tutela. E ciò accade in primo luogo perché il sistema delle fonti è particolarmente complesso e frastagliato. Il Codice del consumo – inidoneo a inglobare tutti i fenomeni emergenti – si affianca ad una regolazione settoriale e verticale talvolta fin troppo analitica. Ciò determina l'esigenza di rivedere il sistema nel suo complesso, anche nel metodo. L'idea di fondo è quella di percorrere una strada nuova della regolazione, ove le regole vengono individuate per una applicazione trasversale e non più settoriale, con il coinvolgimento di tutti gli attori, ivi incluse le Associazioni dei consumatori.

SOMMARIO: 1. Piattaforme, Big data e mercato dei trasporti. – 2. Modelli, consumatori e tutele. – 3. Le tutele e il ruolo delle associazioni dei consumatori.

1. PIATTAFORME, BIG DATA E MERCATO DEI TRASPORTI

Negli ultimi due decenni, la trasformazione digitale ha cambiato profondamente il funzionamento dell'economia e della società. Un numero relativamente piccolo di piattaforme digitali ha acquisito un ruolo cruciale, soprattutto nell'ultimo decennio. Tra esse, tuttavia, vi sono alcune che intermediano una parte estremamente significativa delle transazioni tra consumatori e imprese, così trattando un numero elevato di dati degli utenti, nell'offerta di servizi e beni. Si tratta dei c.d. *gatekeepers* che si sono imposti come una struttura chiave dell'economia digitale di oggi.

Tale trasformazione ha avuto, e questo era certamente intuibile, un impattato significativo nel settore dei trasporti.

Questo settore è difatti uno di quelli in cui più forti sono (e saranno in futuro) gli effetti sulla struttura industriale e sulle abitudini dei consumatori dovuti alla progressiva digitalizzazione dell'economia ed alla sempre maggiore disponibilità nella vita di tutti i giorni delle persone di dispositivi (*smartphone*, *tablet*) e di applicazioni dell'intelligenza artificiale. Ciò deriva dalle tipiche caratteristiche dell'attività di trasporto che consiste nell'organizzazione dello spostamento di flussi di persone e/o di beni tra un punto di origine ed un punto di destinazione.

La capillare diffusione di strumenti di geolocalizzazione tramite GPS, da un lato, ed il perfezionamento della tec-

nologia 4G applicata ai sensori ed alle procedure di pagamento di servizi acquistati *online*, dall'altro, hanno reso possibile la nascita negli ultimi anni di numerose piattaforme digitali che mettono in connessione, da un lato, i consumatori che richiedono servizi di trasporto e, dall'altro, i fornitori di questi servizi.

Alcune di queste piattaforme nell'arco di poco più di un decennio sono diventate emblemi della *digital economy* (UBER su tutti, ma anche Blablacar, Flixbus, Lift, GEtt e molte altre); in generale il loro ingresso sul mercato nei vari settori di pertinenza ha avuto effetti dirompenti (o addirittura "distruttivi") mettendo in crisi modelli consolidati di separazione tra mercati, rendendo di fatto obsoleti interi regimi regolatori.

L'innovazione tecnologica ha altresì innescato meccanismi di emulazione da parte degli operatori tradizionali i quali, per rimanere competitivi sul mercato, hanno dovuto in alcuni casi mutare in profondità il loro modo di svolgere il servizio ed aprirsi alle innovazioni. Infine, gli interventi delle Corti europee (il riferimento è qui al caso UBER) hanno reso palese l'obsolescenza del quadro normativo rispetto alle modifiche industriali dettate dall'innovazione.

L'impatto tuttavia non si percepisce esclusivamente sul piano dell'innovazione e dei rapporti tra concorrenti ma anche sul piano dei rapporti utenti/operatori del mercato/vettori.

Sotto questo aspetto, è noto che ogni attività compiuta in rete rilascia informazioni, e che tale enorme quantità di informazioni può essere oggi non solo immagazzinata, ma anche trattata al fine di scoprire correlazioni e informazioni implicite. E, come è stato rilevato da chi ha studiato il fenomeno dei Big data, l'accumulazione di una immensa quantità di dati personali, combinata a sapienti tecnologie per estrarre da lì, anche tramite l'intelligenza artificiale, indicazioni sul comportamento degli individui e soprattutto sulle preferenze di ciascuno, conduce ad un cambiamento epocale della struttura del mercato.

Tradizionalmente chi desiderava usufruire di un servizio di trasporto confrontava quanto il mercato gli offriva senza poter valutare tutte le informazioni e con il rischio comunque di prendere decisioni non razionali. Oggi i Big data sembrano consentire di raggiungere transazioni ottimali, in quanto, nel suggerire l'accoppiamento ideale tra chi richiede e chi offre il servizio, possono tenere conto di un notevole numero di informazioni, e suggerire una scelta sulla scorta delle preferenze manifestate dall'utente.

Sono queste, a ben vedere, le innovazioni che possono condurre ad un cambiamento strutturale del mercato.

E con tale cambiamento non sembra azzardato ipotizzare una sostituzione dei suoi attori. Infatti, come è noto, le informazioni, per la gran parte, sono oggi nelle mani di alcuni soggetti (su tutti, Google, Amazon, Facebook e Apple), che hanno accumulato, e continuano ad accumulare, immense quantità di dati personali. Tali dati potrebbero permettergli di conquistare altri settori, diversi da quelli nei quali fino ad oggi hanno concentrato la loro attività.

Per contro, vero è che per entrare nel mercato dei trasporti sono necessari ingenti investimenti di capitale, e sono peraltro richieste autorizzazioni amministrative. Sul punto, è parimenti vero che i giganti della rete dispongono di immensi capitali e potrebbero ottenere le relative autorizzazioni, ma potrebbe sembrare che non si tratti di un mercato in cui le informazioni possono avere un ruolo chiave.

Sennonché, gli spostamenti delle persone, e soprattutto delle merci, sono complessi, e richiedono trasporti costruiti integrando anche diverse modalità. Per spostarsi da un luogo ad un altro si possono avere più opzioni a disposizione, anche cumulate.

E qui il ruolo dei Big data può diventare decisivo. Proprio il passaggio ad un diverso modo di progettare gli spostamenti, con l'aiuto di mappe in grado di suggerire il percorso migliore, il mezzo di trasporto più adatto alla persona che intende spostarsi, con la combinazione di diversi mezzi di trasporto, e l'effetto di rete, che consente ai colossi del *web* di poter contare su enormi piattaforme, già note e frequentate da chiunque, unitamente al ruolo del feedback che piattaforme così popolate consentono, sembra non escludere l'eventualità di un loro ingresso

nel settore dei trasporti.

Se questa è la tendenza, allora è decisamente urgente trovare soluzioni adeguate.

In questa prospettiva, il 2 giugno scorso, la Commissione europea ha avviato un'ampia consultazione pubblica sul suo prossimo *Digital Services Act* (DSA), ovvero la proposta di riforma delle regole per le piattaforme digitali che sarà pubblicata alla fine di questo anno, per poi proseguire con l'approvazione al Consiglio Europeo e Parlamento Europeo come da iter legislativo.

È oramai noto, e lo si è visto di recente anche nel dibattito che ha accompagnato l'approvazione della Direttiva *copyright*, che le attuali regolamentazioni europee sui servizi digitali sono rimaste di fatto inalterate dall'adozione della Direttiva e-*commerce* adottata venti anni fa.

Con il nuovo pacchetto DSA, l'Unione europea intende plasmare l'economia digitale del continente e definire le norme a livello mondiale, come successo con la protezione dei dati.

La proposta normativa, secondo lo spirito della Commissione, dovrebbe modernizzare l'attuale quadro giuridico per i servizi digitali per mezzo di due pilastri principali.

In primo luogo, la Commissione intende proporre regole chiare che definiscano le responsabilità dei servizi digitali per affrontare i rischi corsi dai propri utilizzatori e per proteggere i loro diritti. Gli obblighi legali garantirebbero un moderno sistema di cooperazione per la supervisione delle piattaforme e garantirebbero un'applicazione efficace.

In secondo luogo, il pacchetto del *Digital Services Act* (DSA) presenta regole *ex ante* che coprono le grandi piattaforme *online* che agiscono come *gatekeeper* e attualmente stabiliscono le regole del gioco per i propri utenti e concorrenti. L'iniziativa ha l'obiettivo di garantire che tali piattaforme si comportino in modo equo e possano essere messe alla prova da nuovi operatori e concorrenti esistenti, in modo che i consumatori abbiano la più ampia scelta e il mercato unico rimanga competitivo e aperto alle innovazioni. Parte del pilastro sulle "regole *ex ante*" sarà anche la proposta di iniziativa volta a modernizzare le regole sulla concorrenza (*new competition tools*) che affronterà appunto le lacune nelle attuali norme Ue del settore.

Allo stesso tempo su questo tema si è mosso anche il Parlamento, che dopo aver lavorato su distinte risoluzioni le ha votate il 21 ottobre 2020. In due diverse relazioni di iniziativa legislativa, difatti, la commissione parlamentare giuridica (JURI) e quella per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO) hanno chiesto alla Commissione europea di rispondere alle attuali carenze dell'ambiente *online* con il pacchetto di leggi DSA, che dovrebbe essere presentato entro la fine dell'anno.

Entrambe le commissioni vogliono un meccanismo vincolante di notifica e azione per fronteggiare i contenuti illegali *online*. In particolare, i membri della commissione IMCO chiedono che i *marketplace*, ovvero le piattaforme di mercato *online*, siano giuridicamente obbligate a essere trasparenti e a condividere le informazioni con gli utenti, ad esempio sui prodotti non sicuri venduti *online*, oltre a regole più severe per la protezione dei consumatori e misure di supervisione più efficaci.

La commissione giuridica chiede chiarezza per le piattaforme e garanzie a tutela dei diritti fondamentali degli utenti, tra cui l'accesso ai mezzi di ricorso giudiziario e regole più severe per gestire i contenuti dannosi, come ad esempio le *fake news*. Inoltre, gli utenti dovrebbero disporre di un maggiore controllo su ciò che vedono *online* (compresa la possibilità di rinunciare alla *content curation*, ovvero la raccolta e l'aggregazione dei contenuti), con annunci mirati meno invadenti, una raccolta di dati più trasparente e un'entità europea che controlli e imponga sanzioni pecuniarie.

Una terza risoluzione, non legislativa, della commissione parlamentare per le libertà civili (LIBE) è incentrata sulle questioni relative ai diritti fondamentali. Si chiede che la rimozione dei contenuti sia diligente, proporziona-

ta e non discriminatoria, in modo da salvaguardare la libertà di espressione e di informazione, nonché la *privacy* e la protezione dei dati. Secondo i deputati, il *microtargeting*, ovvero la creazione di contenuti estremamente personalizzati e basati sulle vulnerabilità delle persone, rappresenta un aspetto problematico, così come la diffusione di discorsi di odio e disinformazione. Infine, i deputati chiedono trasparenza sulle politiche di monetizzazione delle piattaforme *online*.

In tale contesto i servizi e le piattaforme di intermediazione *online* devono migliorare la loro capacità di individuare e rimuovere le dichiarazioni false e contrastare gli operatori commerciali disonesti, ad esempio chi vende falsi dispositivi medici o prodotti pericolosi, come accaduto durante la pandemia di Covid-19.

Sempre nell'ambito delle relazioni approvate i deputati hanno richiesto anche l'introduzione di un nuovo principio "conosci il tuo cliente" (*Know Your Business Customer*), che prevede che le piattaforme controllino e blocchino le società fraudolente che utilizzano i loro servizi per vendere prodotti e contenuti illegali e non sicuri.

Una garanzia che è stata adottata del Parlamento è quella che attribuisce agli utenti un maggiore controllo sul contenuto cui sono esposti *online*, consentendo loro di disattivare la selezione automatica dei contenuti, e renderli meno dipendenti dagli algoritmi.

Nel settore dei trasporti, le nuove regole potranno impattare sulle piattaforme di intermediazione che viene esercitata di norma da operatori economici che, con le loro applicazioni *software mobile* (*apps*) mettono in contatto diretto professionisti e privati o privati e privati ovvero le piattaforme di mobilità (*car sharing*/*bike sharing* e altro).

E ciò conduce al riemergere della contrapposizione di cui abbiamo già accennato.

Da un lato, le nuove tecnologie infondono dinamismo nei mercati dei trasporti. La diffusione delle piattaforme digitali amplia le scelte per passeggeri e utenti, facilitando l'utilizzo di soluzioni multimodali di trasporto e di servizi integrati di mobilità. Tale aspetto sembra salvaguardato dalle proposte in esame.

Dall'altro lato, i pericoli più evidenti riguardano, ovviamente, i dati e la struttura concorrenziale del mercato. Alcuni mercati, infatti, sono caratterizzati dalla presenza di operatori di mercato che dispongono di un gran numero di informazioni, e ciò è vero soprattutto per gli *incumbent*. Si potrebbe allora pensare che le minacce maggiori potrebbero provenire da parte di tali soggetti, più che dai giganti della rete. Tuttavia, nemmeno quest'ultima possibilità può escludersi, in quanto gli operatori tradizionali hanno accumulato informazioni in un'epoca analogica, e comunque le tecnologie a loro disposizione, così come la loro rete, non è paragonabile a quella di soggetti nati nell'epoca dell'economia digitale e che hanno fatto della raccolta di dati il loro principale *business*.

In ogni caso, che sia un operatore esistente o un gigante della rete, vi è da considerare che chi avrà la base di utenza più ampia potrà contare anche sul vantaggio degli effetti *feedback*: come è stato notato, i servizi basati su sistemi di *machine learning* alimentati da dati di *feedback* "comprano" l'innovazione a costi decrescenti man mano che la base utenti cresce, in quanto i dati di *feedback* gli consentono di sviluppare beni e servizi sempre più conformi ai desideri dell'utenza.

Al riguardo, le parole del Presidente dell'ART, nell'ambito della presentazione del rapporto annuale 2020, colgono esattamente la tensione tra queste due esigenze: "Oggi, l'industria dei trasporti, nelle sue varie configurazioni, incrocia ambedue le priorità d'intervento dell'Unione europea: quella dell'innovazione digitale e quella della *green economy*. Per il settore si prospetta un'occasione di cambiamento da non perdere. Per quanto attiene agli interessi del regolatore, questa opportunità si declina, fra l'altro, in una maggiore integrazione delle infrastrutture digitali con i servizi di mobilità e quelli logistici. La disponibilità e l'uso dei dati per la regolazione non sono più un'opzione. Accogliamo con favore l'inserimento nel decreto-legge semplificazioni di un obbligo specifico a carico dei concessionari di servizi di rendere accessibili alle pubbliche amministrazioni i dati acquisiti nell'esercizio della concessione, e ne auspichiamo la disponibilità in modo strutturato e *online*. Ma vi è di più. In una

situazione in cui i dati diventano "flussi di dati", la differenza materiale tra azione e documento che la registra è superata. La frontiera è quindi quella della "regolazione contestuale" (o "regolazione attraverso i dati"), che porta con sé la necessità di affrontarne in modo sistematico i profili giuridici e di creare opportunità di sperimentazione (c.d. *sandboxes*). È questo un tema già oggetto di iniziative del governo francese in diversi ambiti dei servizi pubblici, ivi compreso quello dei trasporti, e da tempo al centro di riflessioni in sede OCSE".

La priorità e al contempo la sfida risiedono in conclusione nel comprendere come le regole vigenti a tutela del mercato e degli utenti – ormai inadeguate rispetto al mondo digitale – possano – e in quale direzione – essere modificate. La definizione delle regole deve tuttavia tenere conto dei principi di equità e sostenibilità, poiché, come ha affermato chiaramente la Commissione nella sua comunicazione *"Plasmare il futuro digitale dell'Europa" "garantire l'equità nell'economia digitale è una sfida importante"*.

In tale quadro la sola politica di concorrenza non può affrontare tutti i problemi sistemici che sorgono nell'economia della piattaforma. Nella logica del mercato unico, potrebbero essere necessarie regole aggiuntive per garantire la contendibilità, l'equità e innovazione e possibilità di ingresso nel mercato, nonché interessi pubblici che vanno oltre concorrenza o considerazioni economiche.

2. MODELLI, CONSUMATORI E TUTELE

Si è già ampiamente accennato al fatto che il progresso tecnologico, cui si è assistito negli ultimi anni, è stato talmente veloce, innovativo e, se si vuole anche invasivo, da condizionare non soltanto la struttura economica e giuridica dell'ordinamento europeo, unitariamente considerato, ma anche le interazioni sociali tra i singoli individui.

Nel settore dei trasporti tale cambiamento è particolarmente avvertito poiché, in questo rinnovato tessuto sociale, le parole d'ordine diventano condivisione e partecipazione, e si assiste all'emersione di un nuovo paradigma economico che rifiuta le logiche verticali e trova la sua forza espansiva nella creazione paritaria e collettiva di beni e servizi condivisi.

I paradigmi tradizionali (vettore/servizio pubblico vs. passeggero/consumatore) perdono di significato poiché non è più agevole distinguere le tipologie di attori economici: vi sono gli utenti che, avvalendosi di piattaforme tecnologiche, mettono in condivisione beni e servizi diventando al tempo stesso produttori e consumatori; vi sono le imprese emergenti che creano piattaforme tecnologiche e le gestiscono senza entrare nel merito delle transazioni che ivi si effettuano; vi sono le imprese che invece agiscono e operano esclusivamente nel mercato digitale e vi sono, infine, le imprese tradizionali ad integrazione verticale che si avvalgono di questi nuovi canali commerciali in maniera meramente integrativa e suppletiva dei normali sistemi di commercializzazione dei prodotti e dei servizi.

Gli utenti stessi, condividendo le loro esperienze e le loro risorse attraverso l'utilizzo di piattaforme tecnologiche, generano spontaneamente e autonomamente nuovi servizi che vanno ad aggiungersi a quelli offerti sul mercato tradizionale e che competono con essi, spesso uscendone vincitori. Nascono nuovi mercati e nuovi attori economici, mentre la sopravvivenza dei soggetti già esistenti dipende in massima misura dalla loro capacità di adattamento.

Ne emerge un quadro complesso ove si viene a dissolvere la posizione soggettiva di consumatore e prevale lo *status* di cittadino. Il problema a centrale, però, rimane quello della tutela.

A regolazione vigente, il discorso si può svolgere su più piani, che variano in base al punto di partenza.

Se si pensa al fenomeno della piattaforma digitale come servizio della comunicazione elettronica, esse svolgono un'attività di *marketplace* facendo incontrare chi offre un servizio con la relativa domanda. Viene qui in rilievo la disciplina di cui alla Direttiva 2000/31/CE recepita in Italia dal d.lgs. 70/2003. Su questo piano si collocano diverse ipotesi di responsabilità.

Sotto tale prospettiva, questi operatori sono altresì soggetti alla disciplina degli obblighi informativi previsti dagli articoli 45 - 67 del Codice del consumo, di recepimento della Direttiva 2011/81/UE sui contratti dei consumatori.

Se, invece, si pensa ai contratti di trasporto, vengono in rilievo le discipline dettate dai regolamenti comunitari in tema di diritti dei passeggeri. Le regole appena richiamate, tuttavia, non esauriscono gli addentellati normativi sui quali si basa la tutela del trasportato. Ad esse si affiancano la disciplina di natura c.d. "orizzontale" e generale di derivazione euro-unionale in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina delle clausole vessatorie. La correttezza della condotta degli operatori nei confronti della clientela è, infatti, assicurata anche dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette in tutti quei casi (non previsti dalle norme settoriali) in cui il comportamento della piattaforma non risponda ai canoni di diligenza e di correttezza nel rapporto di consumo. Parimenti, trova applicazione la disciplina delle clausole vessatorie, e ai consumatori viene dunque assicurato un controllo dell'equilibrio negoziale esistente tra diritti ed obblighi delle parti.

Il problema principale resta quello di *qualificare* i ruoli dei diversi soggetti coinvolti. È infatti noto come spesso gli operatori digitali tentino di sfruttare i vuoti legislativi, facendo leva sulle peculiarità della propria attività e dei propri modelli di business, per sottrarsi all'applicazione della normativa vigente e dei requisiti da essa posti. Non a caso, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla corretta qualificazione giuridica di piattaforme quali Uber e Airbnb.

Ed in questa prospettiva non può non accennarsi anche al fatto che si ha la sensazione che ad una prima fase di profonda modifica delle modalità di funzionamento e fruizione al pubblico dei servizi di mobilità se ne stia già sostituendo una seconda, certamente più idonea a generare ulteriori conseguenze future sotto il profilo consumeristico. Questa seconda fase appare il frutto della sempre maggiore centralità che verrà ad avere, nelle scelte dei consumatori, la possibilità di pianificare ed acquistare pacchetti integrati di mobilità *door to door* in un'unica soluzione. Tutti i principali *player* nel contesto mondiale (dagli *Over the Top* alla Google sino, in Italia, agli *incumbent* storici Gruppo Ferrovie dello Stato) stanno infatti investendo nella fornitura di servizi di mobilità integrati ai consumatori. Tale ulteriore impulso alla integrazione modale tra forme alternative di trasporto, attivata dalla sempre maggiore fruibilità diretta da parte dei consumatori di strumenti di programmazione ed acquisto di servizi di mobilità, può generare a breve una sorta di gerarchizzazione delle stesse piattaforme digitali che si vanno creando, con la presenza di un primo livello, ormai ben consolidato, di intermediari digitali presenti in un unico stadio della filiera integrata della mobilità, ed un secondo (e superiore) livello che individua invece operatori in grado di offrire soluzioni integrate di mobilità e che in questo senso potrebbero emergere come "*piattaforme delle piattaforme*".

Ebbene, ancora una volta, è difficile giungere ad una sintesi perché emerge un quadro frastagliato e complesso che palesa i limiti di una tutela basata su silos regolatori verticali (discipline di carattere speciale e settoriali). Si registra difatti un continuo *overlapping* tra discipline volte tutelare lo stesso interesse.

Ciò genera dal lato delle imprese alti costi di *compliance* e, lato consumatore, determina la uno smarrimento delle coordinate di riferimento nonché un clima sfiducia nel sistema. Infine, la complessità del sistema genera *sandbox*, ovverosia spazi non regolati in cui si inseriscono con grande velocità e poca resistenza gli OTT, i quali nel possono entrare nei mercati – anche quelli altamente regolati – offrendo prodotti e servizi nuovi senza rispondere a regole stringenti.

3. LE TUTELE E IL RUOLO E DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI

Alla luce di quanto sopra evidenziato, sembra potersi affermare con certezza che è necessario individuare nuove regole trasversali. È innegabile la necessità di trovare un nuovo punto di equilibrio nella regolamentazione delle piattaforme, ma il rischio – che si spera sarà evitato – risiede proprio nel legiferare tenendo conto solo delle problematiche attuali, con l'effetto di spegnere sul nascere nuove realtà che verranno tra 5-10 anni.

Una strada percorribile è quella del circolo regolatorio, ovverosia un modello che parte del fenomeno che si verifica nel mercato per definire prassi che si trasformano in *best practices*, le quali possono divenire *benchmark* che le autorità nazionali e le agenzie europee condividono e, quando opportuno, propongono alla Commissione, la quale le trasforma in atti esecutivi o in proposte legislative che poi Parlamento e Consiglio adottano e gli Stati membri attuano o recepiscono (rispettivamente, se regolamenti o direttive).

Questo meccanismo si presta certamente ad essere adottato nei trasporti, dove è più agevole individuare regole basate su principi. In questo settore, si assiste sovente all'insorgenza di dubbi interpretativi in merito alle discipline applicabili poiché sono nati e si sono sviluppati operatori che, sotto il profilo tassonomico, si pongono a cavallo tra diverse aree (società dell'informazione/intermediazione/trasporti): essi non sono propriamente dei vettori nel senso classico ma tuttavia introducono nel mercato un servizio di trasporto.

In questo settore, parimenti difficile è individuare le relazioni tra i soggetti. La dicotomia professionista/consumatori difatti è ormai superata.

L'applicazione del sistema del circolo regolatorio potrebbe dunque rimuovere le lacune normative e ridurre, al contempo, il rischio di arbitraggio normativo, armonizzando al massimo le regole di protezione del passeggero/utente/consumatore e cittadino. Ciò posto è tuttavia necessario comprendere come il cittadino possa concretamente partecipare alla definizione di tali regole.

La risposta alla questione appare semplice: l'intervento delle Associazioni di consumatori.

Nell'ambito del settore dei trasporti, il ruolo delle Associazioni di consumatori potrebbe essere difatti cruciale nell'individuazione delle lacune e delle criticità del rapporto piattaforma/utente. In primo luogo le Associazioni potrebbero svolgere un'attività di monitoraggio dei vari servizi oggi esistenti, anche con l'obiettivo di valutare la relazione tra i costi e il livello della qualità dei servizi di trasporto, nonché l'adeguata applicazione della normativa europea ed italiana in materia di diritti dei consumatori. Tale monitoraggio potrebbe altresì rispondere all'obiettivo di verificare l'impatto della *digital economy*, verificando se contribuisca a diminuire o ad aumentare le diseguaglianze.

In secondo luogo, le Associazioni possono promuovere le nuove forme di mobilità, favorendone un'integrazione strutturale e adeguati livelli di qualità del servizio e di tutela.

Sotto altro aspetto, appare rilevante il profilo dell'educazione intesa come informazione al consumatore sulla possibilità di saper scegliere con consapevolezza le piattaforme su cui interagire, anche al fine di meglio valutare i rischi, le responsabilità e le tutele connesse alla fruizione dei distinti servizi di trasporto, offerti dalle piattaforme.

Infine, le Associazioni possono più efficacemente interagire con le Autorità di settore per un intervento più decisivo nella definizione delle regole. Su questo aspetto, le Associazioni dovrebbero ridimensionare il loro ruolo di "reclamante" che, evidentemente, incentiva interventi *ex post* sanzionatori e repressivi per lasciare spazio ad attività più squisitamente collaborative per la definizione degli standard di servizio, delle regole e delle sanzioni.

Un esempio di quanto appena affermato si è già verificato con l'ART nell'ambito dell'adozione della delibera sui contratti di servizio definiti dalla delibera n. 49/2015, ove sono state previste, con la collaborazione delle

associazioni di consumatori, disposizioni per la tutela dei diritti dei passeggeri, anche a mobilità ridotta, tra cui l'adozione della "Carta dei Servizi", ai sensi dell'art. 2 comma 461 della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Le Autorità, per contro, devono essere ben consapevoli che il confronto con le associazioni dei consumatori e la valorizzazione del loro ruolo costituiscono fattori di crescita delle istituzioni. In tale prospettiva e in vista della migliore realizzazione di un elevato livello di tutela nei confronti dei consumatori, dovrebbero formalizzare, come già fatto dall'AGCOM, la collaborazione con gli organismi associativi, tramite, inter alia, la stipula di un Protocolli d'Intesa con il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU), quale organo rappresentativo delle Associazioni iscritte nell'elenco istituito, ai sensi dell'art. 137 del Codice del consumo, presso il Ministero dello Sviluppo Economico.

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

(Cristiana Lauri)

Giochi di ruolo tra ambiente e mercato. Dalla sostenibilità alla solidarietà e viceversa

I valori ambientali e sociali stanno progressivamente diventando parte integrante dei mercati regolati da ARERA.
La forte interdipendenza tra i soggetti coinvolti conduce oggi ad una nozione liquida di consumatore, i cui riflessi sul sistema sono evidenti dal punto di vista sia dei rapporti contrattuali e delle tutele, sia delle modalità organizzative dei servizi e della gestione delle reti e dei dati.
In un quadro frammentato, il ruolo delle Associazioni risulta più che mai cruciale, costituendo una forza aggregatrice all'interno delle dinamiche dei mercati in transizione ambientale e digitale, in ragione delle molte funzioni che ad esse sono attribuite, tra cui emerge la capacità di poter orientare le scelte dei consumatori stessi. La transizione verso mercati sempre più aperti e fondati sulla sostenibilità si colora oggi una nuova e necessaria dimensione che è quella della solidarietà.

SOMMARIO: 1. L'interdipendenza tra soggetti nei mercati regolati da ARERA. – 2. I riflessi sul sistema. A) Le relazioni organizzative: le comunità energetiche e le UVAM; B) I rapporti contrattuali: la prescrizione breve. – 3. Il ruolo chiave delle Associazioni. A) La co-regolazione; B) La centralità delle ADR; C) L'educazione al consumo sostenibile. – 4. Le sfide all'orizzonte tra sostenibilità e solidarietà.

1. L'INTERDIPENDENZA TRA SOGGETTI NEI MERCATI REGOLATI DA ARERA

Utenti domestici, microimprese, professionisti, "persone". È un quadro complesso quello entro cui si muovono i consumatori nei mercati regolati da ARERA, al fronte della transizione digitale ed ecologica.
Le molteplici innovazioni che segnano il progredire di tale transizione disegnano mercati che si vanno aprendo verso una figura di consumatore "liquida", attraverso un quadro di norme ancora frammentato rispetto alle simmetrie dei ruoli e alle potenziali alterazioni degli equilibri esistenti. Molti sono gli esperimenti in corso, i tasselli che svelano un cambiamento di sistema in cui sempre più indicatori dimostrano con chiarezza che la direzione intrapresa è univoca ed è quella della sostenibilità economica, ambientale e sociale. E ciò non più in termini di mero principio, ma attraverso scelte legislative e regolatorie che chiamano imprese e consumatori alla doppia sfida della partecipazione e della responsabilizzazione.
Anche nei settori regolati da ARERA si rintracciano chiaramente i presupposti condivisi in questa ricerca: si affacciano strumenti normativi volti ad attuare uniformità delle regole, su cui intende porre le basi un sistema energetico europeo alternativo, più sostenibile e solidale; si rafforza la convergenza tra i vari settori regolati, tutti incrociati trasversalmente dall'impatto della rivoluzione digitale sulle potenzialità tecniche delle soluzioni offerte sui mercati e sulla resa dei servizi al consumatore; si ricerca un quadro di principi, con applicazioni specifiche nascenti dal mercato, secondo quel "circolo regolatorio" in cui le *best practices* sul mercato vengono assunte dalle Autorità nazionali di regolazione come *benchmark* e portati nel contesto europeo, dove vengono elaborati gli standard tecnici se non gli atti esecutivi o legislativi; si incoraggia il ruolo delle imprese (private) nello sviluppo delle soluzioni tecniche e delle forme di regolazione, in cui il soggetto pubblico interviene in via sussidiaria.
Il percorso sinora svolto e le tendenze in atto emergono tra le righe di alcune novità che progressivamente sono

diventate parte del sistema. Così, ad esempio, guardando alle evoluzioni dei modelli organizzativi, esperimenti regolatori su più livelli aprono le porte ad una progressiva partecipazione dei soggetti al mercato, moltiplicando le potenzialità delle reti, della conoscenza dei dati di consumo di famiglie e imprese e della costruzione di servizi innovativi e centrati sui bisogni dell'utenza. È quanto accade con le *energy communities* che attualmente sono in corso di progressiva sperimentazione sui mercati energetici.
Ancora, su tutt'altro fronte, considerando il tradizionale assetto delle regole dal punto di vista delle relazioni contrattuali, l'introduzione della prescrizione breve per i settori dell'energia e del gas (dal 2018) e idrici (dal 2020) rappresenta uno degli interventi più significativi tesi a ridurre le situazioni di incertezza protratte nel tempo e a ristabilire un clima di fiducia, consapevolezza e responsabilità reciproca tra distributori, venditori e consumatori finali.
Il filo rosso che lega tali evoluzioni è rappresentato oggi più che mai dal ruolo delle Associazioni, in via di rafforzamento e senz'altro centrale. Tra le molteplici attività che le Associazioni oggi sono chiamate a svolgere, alcune richiamano l'attenzione: un ruolo sullo sfondo di quei meccanismi di co-regolazione che vedono il regolatore affiancarsi alle imprese; la partecipazione al meccanismo della conciliazione paritetica, che dimostra un ruolo attivo anche nell'ambito delle tutele; la costante azione di formazione e informazione degli operatori e degli utenti, che contribuisce largamente ad una migliore consapevolezza del consumerismo e del suo potere nell'orientare l'ordine dei mercati e il suo sviluppo verso il canone della sostenibilità.

2. I RIFLESSI SUL SISTEMA

A) LE RELAZIONI ORGANIZZATIVE: LE COMUNITA' ENERGETICHE E LE UVAM

Osservando da vicino il settore energetico, l'ampliamento della platea dei soggetti partecipanti in maniera attiva al mercato e la consapevolezza delle scelte di consumo è un fattore rilevante anche in termini di bilanciamento del sistema, presupposto del suo stesso funzionamento quanto a continuità e sicurezza.
La sfida della decarbonizzazione amplifica infatti il problema di garantire l'adeguatezza e la sicurezza di un sistema elettrico basato su fonti di energia alternative, che nel lungo periodo sarà sempre più ampio ma anche tecnicamente complesso.
Il quadro di partenza (perlomeno nel contesto nazionale), infatti, pur se strutturalmente gerarchico, risulta aver raggiunto un livello di efficienza e di stabilità sempre più elevato. Il cambiamento verso strutture organizzative differenti avviene dunque a margine del sistema, a colpi di sperimentazioni in cui la suggestione del *prosumer* viene attentamente bilanciata dalla ricerca di meccanismi in grado di non pregiudicare i livelli di *performance.* E in cui, dunque, la conoscenza della rete rappresenta uno dei presupposti fondamentali per consentire di svilupparla in modo attento e rispondente alle esigenze degli utenti.
L'affermarsi nel settore energetico della digitalizzazione nonché di tendenze alla progressiva decentralizzazione stanno ridisegnando la fisionomia del sistema orientandolo a schemi "*green*" e di "efficienza" che attraggono crescenti investimenti. La sperimentazione di modelli alternativi si va consolidando, pur se in maniera polverizzata, grazie a "utenti" energetici che assumono il ruolo di "*prosumer*" e "soggetti attivi" attraverso impianti di generazione distribuita.
Tali tendenze si inseriscono nel generale quadro del *Climate Energy Framework*, il quale pone obiettivi ambiziosi (puntando a ridurre le emissioni del 40% rispetto al 1990 entro il 2030 e ad annullare l'impatto climatico entro il 2050) riaffermati nel PNIEC (Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima) pubblicato dal MISE a gennaio 2020.
Alcune recenti iniziative si dirigono verso scenari in cui il potenziale bilanciamento tra sostenibilità e solidarietà di sistema si fa sempre più realtà, laddove accompagnato da azioni regolatorie e scelte legislative coraggiose in grado di includere virtuosamente i nuovi protagonisti del sistema energetico, anche favorendo le forme ag-

gregate fisiche e virtuali, come ad esempio le comunità energetiche, forme di aggregazione e condivisione delle responsabilità (nonché dei benefici) ottenibili dalla realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica.
Nell'ambito del *Clean Energy for all Europeans Package* (CEP), approvato a novembre 2016, le comunità energetiche compaiono come nuovi attori dei mercati energetici. In particolare con la Direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili 2018/2001 - RED II (da recepire entro giugno 2021) compaiono due elementi di novità per il settore: la *"Renewable Energy Community"* (REC - Comunità di energia rinnovabile) e gli "Autoconsumatori" di energia rinnovabili, che agiscono collettivamente.
In tale direzione si muove anche la Direttiva Mercato Elettrico 2019/944 - EMD II, del giugno 2019 da recepire entro dicembre 2020, che introduce la definizione di CEC - *Citizen Energy Community* ossia Comunità energetica di cittadini.
L'entusiasmo verso tali novità ha condotto ad un'anticipazione del recepimento della Direttiva 2018/2001 attraverso una fase pilota introdotta con il Decreto Milleproroghe (l. 28 febbraio, n. 8, di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162) che, all'art. 42-*bis* prevede la possibilità di creare comunità energetiche e di attivare progetti di autoconsumo collettivo di energia da fonti rinnovabili (secondo quanto definito dagli artt. 21 e 22 della Direttiva stessa); poi proseguita con la pubblicazione della Delibera ARERA 318/2020 e con il Decreto attuativo del MISE del settembre 2020 sull'autoconsumo collettivo e sulle comunità energetiche[40].
Il recepimento di tali innovazioni si completa con il consolidamento delle attività connesse, come ad esempio la previsione di forme di incentivazione; le attività volte a garantire la sostenibilità economica delle iniziative (si pensi alla garanzia di spazi di operatività per i soggetti terzi come le ESCo, le *utility*, potenziali catalizzatori e gestori delle iniziative); la diffusione di tecnologie il cui impiego generi ricadute e un valore di sistema (come le operazioni di *storage* o la ricarica dei veicoli elettrici).
Un altro dei progetti significativi nella prospettiva di accelerare una transizione di sistema è quello delle c.d. Unità Virtuali Abilitate Miste (UVAM), introdotto da ARERA già con la delibera 300/2017.
Le UVAM rappresentano un aggregato di unità di consumo, unità di produzione e sistemi di accumulo ossia di punti connessi alla rete a qualunque livello di tensione, inserite anche in contratti di dispacciamento di utenti diversi. Rientrano nel progetto pilota UVAM anche i sistemi di accumulo funzionali alla mobilità elettrica, considerati del tutto equiparabili ad altri sistemi di accumulo.
Successivamente approvato con la delibera 422/2018/R/eel il progetto si inserisce in una più ampia riforma del dispacciamento e dell'ampliamento delle risorse di dispacciamento, che a sua volta risponde alle esigenze di riequilibrio del sistema elettrico coerente con gli obiettivi di sviluppo sostenibile 2030.
Se per ora le UVAM sono abilitate a fornire soltanto alcuni servizi (risoluzione congestioni, bilanciamento, riserva terziaria) la progettualità regolatoria congiunta di Terna e ARERA sta volgendo lo sguardo verso una sperimentazione delle UVAM anche per altre tipologie di servizi (la regolazione secondaria di frequenza/potenza e il progressivo coinvolgimento dei consumatori del settore terziario e/o domestico).
Gli obiettivi sono molteplici e concorrono tutti a migliorare il percorso di transizione energetica: incentivare la concorrenza; sperimentare forme di partecipazione anche ad altri servizi, con un coinvolgimento dei consumatori del settore terziario e domestico; spingere gli operatori a ricercare soluzioni innovative per la fornitura dei servizi.

Al buon funzionamento dei meccanismi di generazione distribuita contribuiscono le *smart grids* che grazie alle funzioni di riconfigurazione automatica e ottimale della rete permettono flessibilità e adattabilità del sistema in base ai consumi, consentono l'integrazione della generazione distribuita, garantiscono l'energia necessaria ai nuovi usi elettrici finali (come ad esempio le pompe di calore) e contribuiscono a ridurre i tempi di interruzione elettrica, con un miglioramento della continuità del servizio. Esse agevolano inoltre la nascita di nuovi soggetti di mercato, in grado di offrire ai gestori di rete nuovi servizi.

40. In generale, mentre le comunità rappresentano un nuovo soggetto giuridico, basato sulla partecipazione volontaria di imprese, persone fisiche o amministrazioni comunali, che si pone come obiettivo quello di creare benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità attraverso la produzione di energia collettiva (e che nel caso delle comunità energetiche rinnovabili deve provenire da fonti rinnovabili), gli autoconsumatori collettivi di energia rinnovabile e i clienti attivi consorziati rappresentano un passaggio intermedio tra l'autoconsumo individuale e le comunità energetiche, che tuttavia non svolgono nel settore la loro principale attività commerciale o professionale.

Una gestione più efficace e puntuale delle risorse connesse alla rete aumenta la quantità di generazione distribuita connessa, senza compromettere la qualità della fornitura e assicura una maggiore sicurezza del sistema, una risposta più rapida a eventualità impreviste e la possibilità di svolgere ricerche di guasto molto evolute, rapide e in modo automatizzato, abbattendo i tempi di fuori servizio.

B) I RAPPORTI CONTRATTUALI: LA PRESCRIZIONE BREVE

Il superamento della conflittualità tra gli attori dei mercati e il rafforzamento di un clima di fiducia attraverso un sistema di tutele agile e regole più effettive sono stati i principali obiettivi del legislatore in ambito consumeristico in tempi recenti.

L'art. 1 (commi da 4 a 10) della legge 205 del 2017 (L. finanziaria 2018) ha innovato fortemente la normativa prevista nel codice civile relativa ai termini di prescrizione in riferimento ai corrispettivi dei conguagli nei settori energia elettrica, gas e, successivamente, idrico, inserendo nella più generale definizione della prescrizione quale "*modo generale di estinzione dei rapporti fondato sull'inerzia del soggetto titolare del diritto*" una nuova fattispecie: una prescrizione "brevissima" misurata su uno spazio temporale molto più limitato, pari a due anni.

La norma mira a contrastare l'emissione di fatture di conguaglio con addebito di ricalcoli pluriennali, note come "maxi-bollette". Alla sua base c'è la considerazione negativa di un ritardo superiore a due anni, che si decide di non far ricadere sul consumatore, spesso impossibilitato a risalire alle ragioni di importi spesso rilevanti nella bolletta. In altri termini, come evidenziato dalla stessa *Authority*, la norma intende proteggere sia le famiglie sia le piccole imprese dal rischio di dover pagare importi di entità molto superiore al consueto, derivanti da rilevanti ritardi dei venditori, e/o da rettifiche del dato di misura precedentemente fornito dal distributore e utilizzato per fatturare o da perduranti mancate letture del contatore da parte dei distributori. Ovviamente, a meno che tale assenza non sia imputabile a una condotta del cliente finale.

La legge ha quindi introdotto una nuova disciplina sia sotto il profilo dei termini di prescrizione sia per la specificità dell'oggetto e cioè i consumi di energia elettrica e gas e del settore idrico. Il procedimento prevede che nel caso di ritardo del venditore nella fatturazione dei conguagli, anche se abbia a disposizione i dati di misura di rettifica "per consumi riferiti a periodi maggiori di due anni, il cliente è legittimato a sospendere il pagamento, previo reclamo al venditore e qualora l'Antitrust abbia aperto un procedimento nei confronti di quest'ultimo, e avrà inoltre diritto a ricevere il rimborso dei pagamenti effettuati qualora il procedimento AGCM si concluda con l'accertamento di una violazione".

Fondamentale per la corretta applicazione della previsione è anche la puntuale individuazione della decorrenza del termine prescrizionale, dalla data di scadenza del pagamento oppure dal giorno in cui il fornitore avrebbe dovuto leggere i contatori ed emettere il conguaglio, escludendo così la possibilità che il computo parta dalla data in cui viene emessa la fattura di conguaglio, a tutto vantaggio del consumatore.

Inoltre, con riferimento al *quantum* l'intervento dell'ARERA (Chiarimenti alla delibera 569/2018/R/com del 07 giugno 2019) ha precisato il perimetro dell'oggetto (alla luce di interpretazioni eccessivamente restrittive) rimarcando che "la prescrizione – come stabilito dalla legge di bilancio 2018 – ha ad oggetto il diritto di credito relativo ai corrispettivi dei contratti ivi previsti, la medesima prescrizione non può che operare a tutte le componenti esposte nelle suddette fatture, siano esse componenti fisse o variabili, a condizione

che, ovviamente, la fatturazione o il ricalcolo si riferiscano a periodi risalenti a più di due anni"[41].

Nonostante restino alcune criticità sul piano applicativo, che spetta ragionevolmente alla prassi risolvere, tale meccanismo rappresenta un passo in avanti dell'intero settore in termini di trasparenza e chiarezza nei rapporti contrattuali e contribuisce ad eliminare le incertezze circa l'esecuzione dei contratti e a rafforzare il rapporto di fiducia tra imprese e consumatori.
Esso, inoltre, reca con sé ricadute ulteriori sul piano non solo dei rapporti contrattuali ma di sistema. Un aspetto da considerare è infatti la lettura dei dati. La corretta lettura dei dati non rileva soltanto rispetto agli importi fatturati al cliente, ma estende il suo potenziale anche al di fuori del singolo rapporto contrattuale, finendo per incidere sulla configurazione del mercato stesso. La piena conoscenza dei consumi di energia, gas e acqua è fondamentale per il monitoraggio del sistema e per la comprensione dei fabbisogni e delle relative soluzioni tecniche che mercati in evoluzione vanno implementando. Questo solleva profili interessanti quanto alla conoscenza o conoscibilità dei dati, che sarà oggetto di approfondimenti da parte della dottrina, dell'Autorità, degli operatori.
A ciò si lega l'ulteriore e connesso profilo, della responsabilizzazione del consumatore rispetto all'autolettura dei dati e alla conoscenza dei propri consumi. La consapevolezza del proprio profilo consumeristico assume rilievo fondamentale sia per tracciare in tempo reale consumi e spese, sia al fine di poter orientare le proprie scelte nell'ambito di mercati aperti e sempre più vari nell'offerta.

3. IL RUOLO CHIAVE DELLE ASSOCIAZIONI

Alla digitalizzazione dei mercati e al conseguente ampliamento delle possibilità di partecipare attivamente ai mercati di riferimento corrisponde un rinnovato ruolo dei rapporti tra regolatori, aziende, consumatori e Associazioni dei consumatori.
A queste ultime spettano il compito di inserirsi nel percorso del circolo regolatorio, in autonomia o in coordinamento con le autorità nazionali competenti; di svolgere un'attività di monitoraggio dei servizi volta a segnalare alle autorità nazionali eventuali inadempienze delle imprese o lacune normative o regolamentari, anche in relazione all'economia digitale; di partecipare attivamente ai meccanismi della conciliazione paritetica per esercitare un ruolo attivo anche nell'ambito delle tutele; di formare e informare operatori e utenti per rafforzare consapevolezza dei temi, dei diritti e delle soluzioni in gioco.
Le molteplici sollecitazioni provenienti dalle proposte sui mercati spingono gli utenti verso una maggiore consapevolezza delle offerte nonché ad una conoscenza dei propri diritti, delle proprie responsabilità e delle tutele esistenti. L'esempio dell'*energy community* ne è chiara dimostrazione nel suo impianto giuridico e negli scenari regolatori, ponendosi quale vera e propria "quintessenza" del consumatore consapevole.
Gli scenari di riforma del consumerismo pongono al centro un soggetto che è sempre meno solo "consumatore" e solo al margine ancora "*prosumer*" ma che invece è sempre più considerato nella sua dimensione di "persona". Muovono da tale riconoscimento le attività di formazione, informazione, risoluzione delle controversie svolte dalle associazioni, che rappresentano un volano per tutti i soggetti coinvolti, alimentando un valore (la conoscenza) che a sua volta genera valore (l'ampliamento delle conoscenze) a vantaggio dell'equilibrio, della concorrenza e del buon funzionamento dei mercati.

41 .Dall'approvazione della manovra finanziaria, ARERA ha emesso una serie di indicazioni operative e ulteriori chiarimenti. Nello specifico: la deliberazione 97/2018/R/com definisce le misure di prima attuazione della legge 205/17 (legge di bilancio) in materia di fatturazione e misura per il settore dell'energia elettrica e avvia un procedimento per la completa attuazione delle disposizioni della legge nei settori energetici; la Delibera 264/2018/R/com definisce interventi urgenti sulle misure transitorie seguenti alla deliberazione 97/2018/R/com in materia di gestione della fatturazione e dei pagamenti del servizio di trasporto nei casi di eccezione della prescrizione sollevata dal cliente finale per cause imputabili all'impresa distributrice; la delibera 569/2018/R/com approva interventi per il rafforzamento delle tutele in caso di fatturazione contenente importi relativi a consumi risalenti a più di due anni con riferimento alle misure introdotte dalla Legge e, in particolare, identifica il perimetro soggettivo nei cui confronti si applicano gli interventi di rafforzamento delle tutele, definisce gli obblighi informativi da parte dei venditori e le forme di presentazione e gestione di eventuali reclami dei clienti finali; ulteriori interventi nei casi di eccezione della prescrizione sollevata dal cliente finale per cause imputabili al distributore di gas naturale sono stati previsti dalla Delibera 683/2018/R/com.

A) LA CO-REGOLAZIONE

La rilevanza delle Associazioni dei consumatori emerge già sullo sfondo di quel dialogo che è l'attività di co-regolazione, svolta dall'Autorità di regolazione ARERA e dalle imprese.

Il punto si comprende osservando il settore dal punto di vista della sostenibilità di sistema considerando, ad esempio, un tema ad esso strettamente connesso che è quello degli extracosti.

Nella complessità dei nuovi mercati, uno dei compiti più delicati dell'*energy managing* è, non a caso, l'orientamento del consumatore nella molteplicità delle opzioni contrattuali possibili.

Per gli utenti sarà possibile scegliere, tra le molte, offerte a prezzo fisso, basate su una tariffa unica con prezzo fisso per un certo periodo di tempo (solitamente un anno) in cui il prezzo della componente energia rimane sempre uguale durante il periodo contrattuale a prescindere dall'andamento del mercato. Viceversa potranno dirigersi verso offerte a prezzo variabile, in cui l'energia viene indicizzata al valore della materia prima, cui aggiungere una percentuale relativa ai costi di gestione sostenuti dal fornitore, applicando cioè un costo che varia mensilmente, seguendo le oscillazioni del prezzo di mercato all'ingrosso dell'energia elettrica sia in ribasso che in rialzo, definito nel mercato della borsa elettrica italiana. La scelta potrà essere compiuta anche rispetto ad offerte monorarie (in cui il costo dell'energia elettrica resta fisso e slegato dagli orari o dai giorni della settimana) o multiorarie (in cui il prezzo cambia in base all'orario in cui avvengono i consumi) o, ancora, alle offerte PLACET (Prezzo Libero A Condizioni Equiparate di Tutela), riferite a contratti per famiglie e piccole imprese con prezzi stabiliti dai fornitori a condizioni fissate da ARERA (L. n. 124/2017). Differente, inoltre, il discorso per le offerte con energia rinnovabile, in cui la complessità dei mercati si misura, ad esempio, con il concetto dei certificati delle Garanzie di Origine (rilasciati dal GSE, ai sensi del D.M. 6 luglio 2012; secondo quanto specificato dall'art. 15 della direttiva 2009/28/CE), che indicano quantità di energia elettrica effettivamente prodotta da fonti rinnovabili[42].

Molti, dunque, i versanti su cui si misura l'innovazione e altrettanti i profili di attenzione da parte del regolatore, che nella fase transitoria di pre-liberalizzazione del mercato elettrico si mostra particolarmente attento al duplice profilo della trasparenza dei mercati e dell'*empowerment* del consumatore, in un panorama caratterizzato da una vera e propria esplosione del numero degli operatori anche se misurati su scala locale. Si pensi alla chiarezza nei numeri identificativi relativamente alle offerte; al dettaglio degli indicatori delle schede informative in fase pre-contrattuale; alla chiarezza delle informazioni sui cambi di condizione e sulle variazioni contrattuali (su tali profili si veda il procedimento ARERA 197/2019/R/COM "Avvio di un procedimento per la definizione di strumenti regolatori per l'informazione e l'*empowerment* dei clienti finali nei mercati *retail* dell'energia elettrica e del gas naturale da parte dei venditori. Integrazioni alla deliberazione dell'Autorità 746/2017/R/COM" e il conseguente documento ARERA 564/2019/R/COM, sul "Rafforzamento degli obblighi informativi del codice di condotta commerciale a vantaggio dei clienti finali del mercato *retail*").

Tutti profili rispetto ai quali un maggior dialogo tra regolatore, imprese e Associazioni potranno porre nuove basi per il buon funzionamento del mercato.

B) LA CENTRALITÀ NELLE ADR

La riduzione del tasso di conflittualità tra gli attori nei mercati (in particolare tra gestore e utenza) regolati da ARERA è agevolata dall'ampliamento progressivo delle ADR, nel cui panorama le Associazioni assumono un ruolo significativo.

Oltre al sistema di conciliazione *online* presso ARERA, rilevanza crescente è assunta dal sistema della conciliazione paritetica volontaria e territoriale, sinora istituita per alcune *multiutilities* e gestori (dalla delibera 142/2018) cui possono aderire gli utenti dei servizi di vendita di gas, energia elettrica e teleriscaldamento, distribuzione elettrica o gas e da ultimo del servizio idrico integrato.

42. I produttori certificati in territorio nazionale rilasciano i certificati, assicurando ai fornitori che l'energia acquistata sia verde. Parallelamente al consumo dell'energia prodotta da rinnovabili, vengono annullati certificati GO in quantità pari, impedendo così che gli stessi siano riutilizzati più volte. Il meccanismo non solo promuove la trasparenza dei contratti ma garantisce la tracciabilità dell'energia elettrica assicurando il cliente finale la provenienza dell'energia consumata.

Tale forma di conciliazione stragiudiziale si configura come la procedura più originale nel panorama delle ADR italiane (di cui al d.lgs. 130/2015, sulla scorta della Direttiva 11/2013 sulle tutele dei diritti dei consumatori), rappresentando il principale esempio di "autoregolazione" nei rapporti tra gestore e associazioni dei consumatori senza intervento di terzi. Ciò è evidente nella fase della negoziazione, all'interno della quale le parti partecipano al procedimento attraverso un dialogo costruttivo e lo scambio reciproco di ogni informazione utile alla gestione delle questioni emerse nel corso del negoziato, al fine di ridurre fortemente uno degli elementi di maggiore criticità dei rapporti tra le parti nei rapporti consumeristici: l'asimmetria informativa.
L'ordinamento riconosce alla procedura conciliativa paritetica la forma di accordo stragiudiziale, valido quanto la conciliazione presso ARERA e ad esso alternativa. La procedura si basa su un protocollo di intesa tra azienda erogatrice del servizio e associazioni di tutela del consumatore firmatarie (molte sono ad oggi le delibere ARERA che riconoscono e iscrivono nell'elenco degli organismi ADR gli Organismi di Conciliazione Paritetica) e reca il vantaggio di una gestione a livello locale, oltre alla gratuità e all'assenza di obbligo di assistenza legale.
La controversia è curata da una commissione paritetica composta da un conciliatore delle Associazioni, che rappresenta gli interessi del consumatore ed un conciliatore interno all'azienda, che hanno il compito di individuare una proposta da sottoporre alle parti, entrambi abilitati a seguito di appositi corsi di formazione riconosciuti dall'ARERA. La conciliazione paritetica ha natura volontaria, il consumatore è quindi libero di accettare o rifiutare la proposta conciliativa cui si addiverrà al termine della procedura sottoscrivendo il verbale di accordo, che ha valore di transazione ai sensi del codice civile; allo stesso modo sarà libero in qualsiasi momento di rinunciare al tentativo di conciliazione e di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.
Per poter presentare la domanda di conciliazione è necessario aver formalizzato un reclamo scritto nei confronti dell'azienda erogatrice del servizio. Nel caso di mancata risposta entro il termine stabilito o di risposta insoddisfacente sarà possibile avviare la procedura conciliativa, redatta su moduli preimpostati.
Si tratta dunque di un procedimento agile, basato sui criteri di immediatezza, oralità, concentrazione, particolarmente adatto a risolvere controversie legate a *"small claims"*.
I vantaggi della conciliazione paritetica e l'ampliamento della sua applicazione devono tuttavia leggersi congiuntamente a due tendenze più generali, che segnano un sistema ancora bisognoso di passi in avanti.
In primo luogo, lo sviluppo e il rafforzamento della cultura consumerista in Italia, che ad oggi sconta una lentezza nella crescita del movimento associazionistico. In secondo luogo una diffusa sfiducia rispetto al ricorso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle piccole controversie con l'impresa fornitrice di servizi. In terzo luogo l'asimmetria informativa tra cittadini e istituzioni nel riconoscimento dell'effettività delle tutele dei diritti in materia consumeristica, il cui ulteriore rafforzamento consentirebbe all'utente di sentirsi centro del sistema e soggetto partecipe di un percorso collettivo e condiviso di sviluppo sostenibile.

C) L'EDUCAZIONE AL CONSUMO SOSTENIBILE

La consapevolezza rispetto al nesso tra abitudini di consumo e tutela ambientale e sociale sembra crescere in tempi recenti e contribuire in maniera decisiva a una evoluzione di sistema.
La multipolarità soggettiva dei mercati impone però che tale consapevolezza si radichi in maniera solida su più fronti. Da un lato, rispetto alla conversione del settore imprenditoriale verso formule di ecoinnovazione ed ecoefficienza, possibili grazie alla digitalizzazione del settore, che rappresenta un presupposto fondamentale per la competitività delle offerte e per l'attrattività nei mercati; dall'altro, specularmente, rispetto alla risposta del consumatore alle sollecitazioni provenienti dai mercati e a una domanda sempre più orientata verso opzioni sostenibili, che restituisce la misura dell'effettività del sistema.
L'educazione al consumo – e questo era già noto – rappresenta una attività fondamentale affinché il consumatore possa compiere le sue scelte liberamente, senza restare vittima di un mercato che molto può offrire, ma molto può anche condizionare e costringere l'individuo. All'educazione al consumo è oggi però attribuito un compito ulteriore, una valenza proattiva tale da poter indirizzare le scelte degli utenti verso opzioni ecocompatibili

in quanto coerenti con un mercato che su quei valori si va modellando. Superata una vecchia apparente inconciliabilità tra ambiente e mercato, il consumo sostenibile non rappresenta più una fuga dalle logiche di mercato ma piuttosto di certe logiche di mercato non più attuali e in via di superamento grazie anche alla nuova stagione delle politiche unionali che paiono stabilire impegni sempre più vincolanti verso la transizione digitale e verde.
In tali percorsi le Associazioni, ancora una volta, rappresentano la chiave di volta del sistema. Ciò vale sia nei percorsi di sensibilizzazione rispetto alle scelte di consumo (ad esempio con riguardo agli impatti sul sistema legati allo sfruttamento delle fonti energetiche e idriche[43] e ai benefici, *pro futuro*, delle forme di partecipazione alla generazione diffusa); sia rispetto alla formazione degli operatori del settore (si pensi ai corsi dedicati alla formazione dei conciliatori paritetici); sia rispetto agli enormi vantaggi che ogni individuo, in base alle proprie esigenze, potrebbe ricavare da una maggiore conoscenza dei meccanismi di tutela (come nel caso delle *"maxi-bollette"* e delle tutele ADR).

4. LE SFIDE ALL'ORIZZONTE TRA SOSTENIBILITÀ E SOLIDARIETÀ

Una nuova visione dei mercati improntata ai principi di sostenibilità, anzi, di solidarietà, rappresenta la prospettiva strategica per orientare il sistema nel lungo periodo secondo quanto tracciato dal *Green Deal europeo*[44].
La promozione di *benchmarks* e *best practices* rispetto alle sperimentazioni in atto nei mercati dell'energia del gas e del sistema idrico rappresenta un motore fondamentale per la comprensione dei parametri da seguire.
Nel fare il punto sui risultati (non sempre incoraggianti) sinora raggiunti in termini di compatibilità ambientale e sociale dello sviluppo dei mercati, le strategie eurounitarie post-2020 spingono ulteriormente in avanti l'asticella degli obiettivi, ponendo altrettante sfide regolatorie. È dunque fondamentale che i sistemi nazionali siano preparati e resilienti per affrontare congiuntamente – solidalmente, appunto – la partita e competere con l'UE su scala globale. Il modello circolare improntato a ecoefficienza ed ecoinnovazione entra infatti oggi nella fase dell'implementazione degli Stati membri. E il parallelo consolidarsi della digitalizzazione (o meglio, *smartizzazione*) dei servizi apre finalmente lo scenario di una strategia unionale sulla gestione dei dati (qui Gaia-X è l'esperimento in corso).
In tale quadro la crisi "pandemica" (che è di riflesso anche crisi ambientale, economica e sociale[45]) rispolvera il ruolo dello Stato, che si rafforza nella sua dimensione di regolatore, ma anche di programmatore e finanziatore, alla ricerca di un suo ruolo in una prospettiva strategica eurounionale in cui diverse forme di sostegno alla "persona" entrano nelle agende pubbliche dei mesi a venire, per fronteggiare la fase di contrazione dei consumi e della liquidità delle imprese, in un difficile confine tra non alterazione degli equilibri del mercato e supporto al benessere delle collettività.
Anche in tale fase "di eccezione" è tuttavia essenziale che le applicazioni puntuali delle scelte strategiche convergano verso gli obiettivi *green* e *digital* – che non a caso riecheggiano costantemente sullo sfondo del *Recovery Fund*[46] e più in generale della *Strategia Next Generation*[47] e già erano parte della strategia sull'*Economia Circolare* – e che la "crisi" non si ponga quale occasione di regressione degli sviluppi raggiunti in termini di resistenza dei mercati, fiducia dei consumatori e, soprattutto, resilienza di comunità che di quei mercati sono sempre più chiamate ad essere protagoniste.

43. L'*SDG 12* mira a garantire il benessere della popolazione attraverso l'accesso all'acqua, all'energia e agli alimenti, riducendo allo stesso tempo il consumo eccessivo delle risorse naturali.
44. Comunicazione dell'11 dicembre 2019, *"Il Green Deal europeo"*, COM(2019) 640 final.
45. Banca d'Italia, *Relazione annuale 2019*, maggio 2020, in www.bancaditalia.it; Camera dei Deputati, Servizio Studi, *Gli aiuti di Stato nell'attuale epidemia da COVID: il nuovo quadro UE*, 25 settembre 2020, consultabile su https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1211696.pdf?_1601909389748.
46. United Nations, *The Sustainable Development Goals Report 2020,* consultabile su https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/; Fondo Monetario Internazionale, Report di ottobre 2020, consultabile su *https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020*).
47. Si vedano, ad esempio, *"Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19"*, 19 marzo 2020, C(2020) 1863 final; *"Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19"*, 3 aprile 2020, C(2020) 2215 final; *"Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19"*, 8 maggio 2020, C(2020) 3156 final.

Bibliografia

ARERA, *Relazione annuale 2020,* in https://www.arera.it/it/eventi/20/200917.htm

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Ferrari G.F., *Energie rinnovabili: nuove discipline* smart, in G.F. Ferrari, Smart city. *L'evoluzione di un'idea*, Milano, 2020

Gatti S., Di Castelnuovo M., Panerai A., *L'evoluzione delle* utilities *energetiche nell'era della* smart city, in G.F. Ferrari, Smart city. *L'evoluzione di un'idea*, Milano, 2020

Marzaioli O., *Alternative Dispute Resolution (ADR),* in acquainfo.it

Marzaioli O., *La Conciliazione Stragiudiziale e la Prescrizione breve: possibili modelli di intervento per una corretta ed efficace applicazione della legge per i gestori del servizio idrico integrato*, in acquainfo.it.

MISE, PNIEC, Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima, inhttps://www.mise.gov.it/index.php/it/2040668

Rabitti M., Smart city *e consumatori*, in G. Olivieri, V. Falce, Smart cities *e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016

www.arera.it

(*Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino, Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli*)

Le nuove prospettive di tutela del cittadino digitale nel settore della protezione dei dati personali

(*Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino*)

L'evoluzione del contesto socio-economico conseguente alla digitalizzazione ha "frammentato" la nozione unitaria del consumatore per ricomporla nel cittadino digitale, non più solo consumatore (o utente) ovvero "interessato del trattamento", e che si pone quale nuovo fulcro di una tutela basata su principi trasversali, non più discipline verticali. Da qui l'esigenza di una tutela unitaria e a "360 gradi" del cittadino digitale, sui piani sostanziale e procedurale. Quanto al primo, emerge la questione circa la c.d. monetizzazione dei dati personali, che sembra tracimare sul mercato ancora in assenza di quelle regole che le autorità per la protezione dei dati personali (quella italiana, tra tutte) stanno cercando di definire, per rimettere in piano l'asse inclinato della tutela morale, che in Europa almeno si vorrebbe prevalente rispetto alla tutela negoziale dell'interessato. Quanto al secondo, rileva il mutato ruolo delle associazioni a tutela dei consumatori che tutelano (dovrebbero tutelare) anche gli interessati e, quindi, il cittadino digitale. Questo approccio binario, sostanziale e processuale, sembrerebbe la strada naturale per integrare il codice del consumo con il silos altrettanto generale ("orizzontale") della protezione dei dati personali.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE – 2. 'MONETIZZAZIONE' DEI DATI PERSONALI? – 3. ASSOCIAZIONI A TUTELA DEGLI INTERESSATI

1. INTRODUZIONE

I mutamenti sociali, giuridici ed economici derivanti dalla digitalizzazione della società e dei suoi processi, evidenziati nei *report* degli scorsi anni, hanno visto crescere fortemente il ruolo delle "piattaforme digitali".

Dal punto di vista normativo, ciò ha portato inizialmente alla scomposizione dell'unitaria figura del consumatore in quella di sottocategorie qualificate, come l'interessato del trattamento. Successivamente ha prodotto la ricomposizione del soggetto operante sulla piattaforma nella figura unitaria della "persona" o "cittadino digitale": un soggetto né più solo consumatore o utente né più solo "interessato del trattamento", che finisce per divenire il nuovo centro di una tutela basata su principi orizzontali e non più su discipline di settore.

Operando sulle piattaforme digitali, il cittadino s'imbatte sovente in questioni relative non solo al corretto trattamento dei suoi dati personali, nella misura in cui questi siano ormai pacificamente riconosciuti come la risorsa principale dell'attività delle piattaforme e dell'economia c.d. "*data-driven*", ma anche ai temi concorrenziali, di libertà di scelta e di effettivo pluralismo informativo: sempre più i dati personali sono utilizzati per un'informazione profilata – quasi distorta se non manipolativa della volontà delle persone – "inquinata" da disinformazione e contenuti lesivi, aggressivi o dannosi[48].

48 G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere. Come usare i social network in politica*, Milano, 2019; M.R. Allegri, *Oltre la* par condicio. *Comunicazione politico-elettorale nei* social media, *fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020.

La tendenza (e l'esigenza) a improntare una tutela generale e "a 360 gradi" della figura del cittadino, nei confronti del potere sempre più imperante delle piattaforme digitali, comporta una convergenza e l'applicazione congiunta di più sistemi prima organizzati in "*silos* verticali".

Nell'ambito della protezione dei dati personali, tale tendenza è riscontrabile in diversi ambiti. Ci riferiamo qui al tema, tuttora discusso, della c.d. "monetizzazione" dei dati personali, che vede la sovrapposizione della normativa contenuta nel Regolamento UE 2016/679 (in seguito, anche, "Regolamento") con la tradizionale disciplina dei contratti in generale del Codice civile e quella più specialistica contenuta nel Codice del consumo. Sul piano procedurale emerge invece la tutela dei diritti tramite delega *ex* art. 80 del Regolamento: ci sono i margini per cui anche nell'ordinamento italiano si rafforzi la tutela degli interessati tramite l'azione delle associazioni dei consumatori.

2. "MONETIZZAZIONE" DEI DATI PERSONALI?

Sono passati ormai quattro anni dall'entrata in vigore del Regolamento e nei quali si è registrato un sensibile progresso culturale in tema di diffusione dei dati personali, di cui si pone la questione circa una possibile "commercializzazione", che coinvolge un diritto fondamentale di cui dottrina e giurisprudenza discutono la disponibilità.

La dottrina è ancora restia ad ammettere l'utilizzo dei dati personali come controprestazione per l'accesso ai servizi digitali, in ragione della costante considerazione dei dati personali in un'ottica di estrinsecazione dell'identità e della personalità dell'individuo. Del resto, l'inserimento della protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali della persona, avvenuta ad opera degli artt. 8 CEDU, 8 Carta di Nizza e 16 TFUE, unitamente alle numerose e consolidate opinioni espresse non solo dal Garante per la protezione dei dati personali, ma anche dall'Autorità europea, inducono a considerare la tutela dei dati personali come un diritto fondamentale *tout court*, e come tale assoluto, indisponibile, intrasmissibile e imprescrittibile e, pertanto, insuscettibile di costituire oggetto di una prestazione all'interno dei contratti di scambio.

Ne consegue che il tema dell'operazione economica e della sua disciplina, in termini di fenomeno negoziale e di definizione e regolazione del mercato, **è** rimasto sostanzialmente assente – o comunque risolto in termini negativi – nelle riflessioni della dottrina, che si è piuttosto interrogata sul tema della tutela dei dati personali esclusivamente in termini di diritti soggettivi assoluti e di tutela risarcitoria extracontrattuale.

La stessa legge nazionale di recepimento della Direttiva 46/95/CEE (l. n. 675/1996) non ha preso in considerazione una ricostruzione dei dati personali in termini patrimonialistici, se non in modo latente: il tema del consenso sfugge dunque alla qualificazione come elemento di una fattispecie negoziale e resta circoscritto nell'ambito delle esimenti idonee a escludere l'illiceità del trattamento dei dati personali.

Il dato personale come diritto fondamentale è ancora la regola, declinata in vario modo, dal Garante per la protezione dei dati personali che, seguendo il percorso del circolo regolatorio, l'ha indicato come *best practice* che diventa *benchmark* europeo, che dovrebbe a sua volta produrre *standard* condivisi, atti esecutivi della Commissione, o proposte normative da questa avanzate secondo la procedura legislativa. In tal senso va interpretato soprattutto il caso WEOPLE (agosto 2019) che non solo tende ad escludere la commerciabilità dei dati nonché – di conseguenza – la legittimità della delega in tal senso – ma pone la questione in sede europea (al Garante europeo per la protezione dei dati personali).

Sotto altro profilo, nel corso degli ultimi anni la tensione tra diritti e mercato è diventata critica. L'AGCM, che

guarda al mercato, tende a far prevalere la disponibilità sulla tutela. E la tensione qui diventa massima. La realtà socioeconomica c.d. *"data driven"*, guidata e dipendente dai risultati prodotti dall'analisi di enormi quantità di dati (Big data) dai quali si estraggono informazioni rilevanti per l'attività di impresa e utili al cittadino per accedere a beni e servizi innovativi, tende a ridurre i dati personali a una risorsa preziosa per le imprese, intesa come moneta di scambio per l'ottenimento di un servizio.

L'evoluzione delle nuove tecnologie e il dilagare dei rapporti *online* hanno diffuso la prassi di servizi apparentemente "gratuiti", in assenza di un corrispettivo in denaro, ma che subordinano l'erogazione del servizio alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali. È noto infatti come le piattaforme digitali (ma non solo) celino dietro l'apparente gratuità dell'offerta un servizio che in realtà è finanziato attraverso la raccolta dei dati personali degli utenti, con lo scopo di "reinvestire" questo capitale nel mercato della pubblicità *online*.

Da questo punto di vista, riveste valore simbolico la vicenda che ha interessato le società Facebook inc. e Facebook Ireland ltd., destinatarie di una doppia sanzione da parte dell'AGCM (provv. n. 27432 del 29 novembre 2018), alla luce dell'accertamento di una duplice condotta contraria alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette. In primo luogo, le due società sono state sanzionate per aver violato gli artt. 21 e 22 cod. cons., attraverso la commissione di una condotta ingannevole idonea a indurre gli utenti-consumatori a registrarsi sulla piattaforma, senza averli informati in modo pieno ed adeguato del fatto che i loro dati sarebbero stati trattati per finalità commerciali, enfatizzando, al contrario, la sola gratuità per l'accesso al servizio.

La seconda violazione, conseguita ad una pratica commerciale aggressiva e ricondotta alle previsioni di cui agli artt. 24 e 25 cod. cons., è consistita nell'esercizio di un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati che, senza un previo espresso consenso avrebbero "subìto" la trasmissione dei propri dati da Facebook a soggetti terzi per finalità commerciali; in particolare l'indebito condizionamento andava rinvenuto nell'applicazione, da parte del *social network*, di una preselezione del consenso dell'utente alla condivisione dei dati, lasciando a quest'ultimo unicamente la possibilità di deselezionare la preimpostazione operata da Facebook tramite un meccanismo di *opt-out*.

Nell'irrogare la duplice sanzione, in particolare, l'Antitrust aveva fatto leva sul fatto che il *business model* del gruppo Facebook si fondi sulla raccolta e sullo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi, tale da consentire una qualificazione della cessione dei dati in termini di controprestazione del servizio offerto da Facebook, alla luce del valore commerciale da questi posseduto.

Il caso che ha interessato Facebook consente senz'altro di svolgere considerazioni di più ampio respiro con riferimento alla prassi, sempre più consolidata, secondo cui gli utenti di un qualsiasi servizio digitale debbono sopportare un sacrificio per potervi accedere e farne uso; e malgrado la presenza di un sacrificio, esso risulta essere difficilmente afferrabile da parte di chi lo sopporta. Si tratta, cioè, di un sacrificio di cui difficilmente si ha contezza per il fatto che non si traduce quasi mai in termini economico-monetari, ma più spesso di "concessione" di un lasso di tempo di attenzione dell'utente per la visione di una pubblicità o per la presentazione del servizio da parte del professionista nel corso dell'uso, o ancora – ed è questo ciò che qui più interessa – può trattarsi di un sacrificio in termini di concessione da parte dell'utente al prestatore di servizi della possibilità di sfruttare i propri dati personali. Di questo e degli effetti che produce il cittadino digitale non ha contezza.

Non a caso ha riscosso discreta fortuna la formula "trappola del dono" per descrivere il fenomeno per cui, quando il bene offerto è "gratuito" è l'utente stesso – ed i suoi dati – a rappresentare il corrispettivo di tale scambio.

Nell'ottica di un Mercato Unico Digitale si sono riscontrati alcuni primi "cedimenti" nel senso di attribuire un riconoscimento economico, ancorché *de facto*, ai dati personali, alle preferenze dei consumatori e agli altri contenuti generati dagli utenti, fino al punto da essere accostati alla moneta.

Ciò è avvenuto, in prima battuta, ad opera dell'AGCM e, in tempi recenti, della giurisprudenza amministrativa. Ci

riferiamo alla sentenza n. 261 del 10 gennaio 2020, con cui il TAR Lazio sembra superare la visione tradizionale della tutela dei dati personali quale diritto fondamentale dell'individuo e, seguendo il percorso dell'AGCM, riconoscere l'esistenza di un diverso campo di protezione del dato, inteso quale possibile oggetto di un contratto, posto in essere sia tra gli operatori del mercato sia tra questi e i soggetti interessati.

Tra le conseguenze, più o meno avvertite, di questa deriva, v'è la sovrapposizione tra gli strumenti di tutela a disposizione delle Autorità (Codice civile, Codice del consumo, normativa sulla concorrenza, GDPR). Da cui il rischio che, piuttosto che dirigersi verso un'efficace tutela del mercato e dei consumatori, i procedimenti amministrativi finiscano per sanzionare due (o più) volte la medesima condotta, o valutandone differentemente la legittimità, diverso essendo la base giuridica e opposto il fine e l'oggetto di tutela. In tal senso, sempre più saranno necessarie e rilevanti come fonti 'quasi normative' le attività di coordinamento delle autorità nazionali, anche in sede di *public enforcement*, come evidenziano le Linee Guida e Raccomandazioni di *Policy* sui Big data anticipate da AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, che pur ancora in termini generali, istituiscono una cooperazione permanente *via MoU*.

In ogni caso, il trattamento dei dati personali nel campo dei rapporti contrattuali e il dilagare di situazioni in cui il consenso al trattamento è imposto a un soggetto debole come condizione per accedere a un bene o a un servizio digitale impone il tema del coordinamento tra negoziazione dei dati e tutela del consumatore, posto che la negoziazione dei dati personali si svolge quasi sempre nell'ambito di un'altra operazione economica di consumo.

La posizione di chi ritiene si debba discutere della commercializzazione dei dati personali è diretta non a sminuire l'importanza o negare la valenza di diritto fondamentale della protezione dei dati personali, ma a completarne l'analisi prendendo in considerazione tanto le esigenze e tendenze del mercato quanto la tutela dei soggetti deboli (gli utenti) al fine di prevenire abusi e garantire un serio e ponderato bilanciamento degli interessi in gioco, in ossequio a quanto espressamente previsto dall'art. 1 del Regolamento.

Ferma restando la rilevanza costituzionale di tale diritto, infatti, è ben possibile contemperarne alcuni aspetti secondo logiche economiche che, lungi dallo svilirne i tratti, consentano di affiancare al tradizionale approccio "morale" un ulteriore punto di vista, prettamente "negoziale", in modo da conciliare due diversi aspetti di uno stesso fenomeno: in questo modo ben si potrebbe completare il sistema di tutela a favore dell'interessato che, in determinati contesti, assume anche lo *status* di consumatore/utente[49].

Infatti, riconoscere al consenso al trattamento dei dati personali una valenza anche sul piano negoziale importa conseguenze anche dal punto di vista delle tutele di cui il soggetto può disporre nel caso di una lesione di tale diritto, potendo egli avvalersi delle tutele predisposte dal Codice civile, nonché dei rimedi riservati dalla disciplina consumeristica e dalle altre discipline di settore: l'approccio negoziale consente di agire per far valere una causa di invalidità del contratto, nonché l'azione per l'esatto adempimento del programma negoziale e quelle applicabili in caso di inadempimento di una delle parti, eventualmente anche quando il rapporto è mediato dalla presenza di una piattaforma digitale.

L'ottica negoziale agevola, di riflesso, la possibilità di far valere anche la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, piuttosto che solo quella extracontrattuale, del titolare/professionista quando si intende agire in via giudiziale piuttosto (o parallelamente) alle tutele amministrative dinanzi le Autorità di settore; ciò in vari casi tra i quali, per esempio, le violazioni della confidenzialità, integrità o disponibilità dei dati, rientranti nel generico concetto di sicurezza e costituenti ipotesi di c.d. *data breach*.

In linea con quanto fin qui illustrato, peraltro, s'inserisce la recente Direttiva 2019/770/UE, la quale estende ai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali in cambio dei dati personali il diritto dell'utente di chiedere il ripristino della conformità, la riduzione adeguata del prezzo, o la risoluzione del contratto (art. 14), rimedi che ricalcano quelli ormai tradizionali previsti dalla disciplina consumeristica: ripristino della conformità del bene

49 Sia consentito rinviare a G. D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 3, 2020, 635-674.

mediante riparazione o sostituzione, ovvero riduzione adeguata del prezzo o risoluzione del contratto (art. 130 cod. cons.).

Ancora, risulteranno applicabili le norme in materia di clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette – come di fatto già avvenuto – nonché, secondo una certa dottrina, la possibilità di applicare la disciplina in materia di sicurezza dei prodotti e responsabilità per danno da prodotto difettoso a quei servizi digitali non sicuri da un punto di vista di c.d. "rischio *privacy*".

Allo stesso tempo, il riconoscimento della possibilità di negoziare i dati personali aiuterà a individuare e meglio definire i mercati rilevanti di servizi che sfruttano i dati personali, soprattutto nei casi di offerta di servizi c.d. "a prezzo zero", e quindi facilitare azioni tipicamente antitrust, come l'analisi delle concentrazioni e l'abuso di posizione dominante.

Il quadro finora prospettato si completa, allora, esaminando – senza pretese di esaustività – anche l'ulteriore quesito di stabilire l'esatta struttura dei contratti che hanno a oggetto la circolazione dei dati, posto che – come ha avuto preoccupazione di ammonire autorevole dottrina – non si può certamente "costringere" tale fenomeno ad un tipo contrattuale, dovendo tener conto del fatto che si tratta di un fenomeno prettamente generato dalla prassi e, come tale, inevitabilmente elastico e variegato.

Nel cercare dunque di stabilire, in linea di massima, con che tipologia contrattuale si abbia a che fare, la dottrina più attenta al tema si è interrogata sull'opportunità di ricondurre il contratto avente a oggetto i dati personali tra quelli traslativi che realizzano una cessione di un diritto secondo il tradizionale schema conformato alla logica proprietaria, caratterizzato, tuttavia dalla possibile revocabilità del consenso in un successivo momento (ad es. una vendita sospensivamente condizionata); ovvero se il titolare sul dato personale debba essere inquadrato all'interno di una diversa situazione giuridica soggettiva. Infatti, il maggiore ostacolo che si pone nella riconduzione della cessione del dato personale allo schema della compravendita risiede nel fatto che l'interessato non perde, anche dopo la cessione, il controllo sul bene "dato personale", né il contratto impedisce che lo stesso bene costituisca oggetto di altri contratti aventi a oggetto la cessione dei medesimi dati, ragion per cui non sembra potersi ragionare in termini di cessione con effetti traslativi del dato personale, ma solo di acquisto da parte del titolare del diritto di sfruttare economicamente quel bene.

Non manca poi chi ha messo in luce una peculiarità del tutto propria relativa allo sfruttamento del bene in questione, analizzando l'ipotesi della profilazione dell'interessato. Attraverso quest'attività, infatti, il titolare del trattamento ricava ulteriori e nuove informazioni riferibili ad un determinato utente, addivenendo così alla "creazione" di un nuovo "bene", o comunque di un frutto quale risultato di quello sfruttamento economico, che risulta essere "sganciato" dalla dimensione del dato personale per come definito dall'art. 4 GDPR e che fa sorgere l'ulteriore questione se questa nuova informazione possa costituire oggetto di un acquisto a titolo originario da parte del titolare.

È indubbio il fatto che l'indagine circa l'utilizzo a fini commerciali di dati personali si trovi in una fase ancora embrionale sia per quanto riguarda i profili relativi alla disciplina della protezione dei dati personali, sia per quanto concerne l'impatto di questo fenomeno sul diritto delle obbligazioni e dei contratti; d'altronde né il diritto italiano né quello europeo contengono una disciplina organica relativa alla circolazione su base contrattuale dei dati personali, che ne regoli il trasferimento assicurando un adeguato coordinamento con il diritto contrattuale italiano.

Senonché, malgrado ciò, la necessità di garantire un'effettiva tutela all'individuo è già molto avvertita ed esige una maggiore e rapida compenetrazione tra regole relative alla protezione dei dati personali e quelle che disciplinano la loro circolazione su base negoziale.

Dunque, è proprio alla luce del rilievo sociale ed economico di tale rapporto negoziale che si potrebbe intervenire

per la predisposizione di un contratto-tipo di cessione dei dati personali, consentendo al mercato di svilupparsi in maniera corretta ed efficiente.

Peraltro, la previsione di un contratto-tipo non sarebbe imposta alle imprese, ma sicuramente gli offrirebbe uno strumento – utilizzabile anche solo in parte – per porsi al riparo da tutta una serie di controversie relative alla validità del contratto, nonché dal sindacato giudiziale in caso di una valutazione delle condizioni contrattuali stabilite dalle piattaforme digitali, sia nell'ottica interpretativa che in quella integrativa.

Ferma restando l'opportunità della predisposizione di un contratto-tipo, indipendentemente da ciò sembra potersi desumere che, la nuova visione che guida lo studio della tutela dei dati personali consente di ampliare le tutele in favore di tale bene giuridico, completando il quadro e dando una concreta risposta al fenomeno nell'ottica di un contesto economico in forte evoluzione dal punto di vista scientifico e tecnologico, con l'obiettivo di abbandonare una frammentazione delle tutele del singolo e dirigersi verso una più ampia e complessiva tutela del cittadino digitale.

3. ASSOCIAZIONI A TUTELA DEGLI INTERESSATI

I profili evolutivi del cittadino digitale non possono d'altro canto arrestarsi al riconoscimento del valore negoziale ai dati nell'ottica di attribuire al consumatore digitale anche tutte quelle tutele che il diritto delle obbligazioni e dei contratti riconosce alla parte di un rapporto obbligatorio. Dal punto di vista procedurale, infatti, una tutela generale e maggiormente effettiva del cittadino digitale può essere ottenuta tramite un rafforzamento del ruolo delle associazioni di categoria.

Al pari degli art. 139 e ss. cod. cons.[50] che consentono alle "associazioni dei consumatori e degli utenti" di agire in luogo dei consumatori a tutela dei loro interessi collettivi, anche l'art. 80 del Regolamento consente agli interessati di dare mandato a un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro per proporre reclamo o esercitare i diritti di cui agli artt. 77, 78 e 79 nonché il diritto di ottenere il risarcimento di cui all'art. 82. Il secondo paragrafo del medesimo articolo consente inoltre ai predetti organismi o associazioni di proporre reclamo all'autorità di controllo competente o di esercitare i diritti di cui agli artt. 78 e 79, per segnalare l'eventuale violazione dei diritti degli interessati, indipendentemente dal mandato conferito dagli stessi.

Si tratta di una norma di particolare importanza nella misura in cui introduce un ulteriore strumento a garanzia degli interessati che potranno demandare a tali Associazioni il compito di ottenere tutela o in forma collettiva o nel caso in cui l'interessato non disponga delle risorse necessarie per agire direttamente oppure, infine, in quei casi in cui il valore della controversia, singolarmente presa, dal punto di vista del singolo interessato, non giustificherebbe l'azione nei confronti del Garante o dell'autorità giudiziaria.

Dal punto di vista della *ratio* la norma non sembrerebbe innovare rispetto a quanto già previsto dal codice del consumo così come non sembrerebbero esserci sostanziali differenze pratiche. Ciò che qui si intende rilevare è la possibilità di far convergere la norma di cui all'art. 80 del Regolamento con l'analoga disciplina contenuta nel cod. cons. Il vantaggio e le potenzialità della norma risiederebbero così sia nell'ottenimento di una più effettiva tutela dell'interessato sia, soprattutto, nel configurare e raggiungere quella tutela complessiva e "a 360 gradi" non tanto dell'interessato del trattamento quanto del "cittadino digitale" di cui si è accennato in apertura, nel pieno rispetto e perseguimento del fondamentale principio di effettività della tutela, di cui all'art. 24 Cost.

Sempre più spesso, infatti, l'illecito trattamento di dati personali si rivela essere lo strumento o una delle moda-

50 E. Battelli, *Art. 137*; E. Vullo, *Artt. 139-140*, in G. De Cristofaro, A. Zaccaria, C. Abatangelo, *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare*, Padova, 2013, rispettivamente 910 ss. e 926 ss.

lità con cui si pongono in essere comportamenti illeciti ai sensi di altre normative e, d'altra parte, si tratta di un illecito capace di configurare contestualmente una pratica commerciale scorretta come un abuso di posizione dominante; si pensi, a tal proposito, alla sanzione della Corte federale tedesca (*Bundesgerichtshof*)[51] che il 23 giugno 2020, nel confermare la sanzione dell'Autorità Antitrust (*Bundeskartellamt* - FCO)[52], ha ritenuto illecita la pratica di raccogliere i dati attraverso più servizi della stessa piattaforma digitale per poi incrociarli ai fini della pubblicità comportamentale che, oltre a sollevare seri dubbi di compatibilità con il principio di limitazione delle finalità del trattamento (art. 5, par. 1, lett. *b)*, Reg.)[53], è stata considerata un abuso di posizione dominante e ha comportato il divieto al *social network* di incrociare i dati raccolti attraverso le sue diverse piattaforme senza il previo consenso degli utenti.

Da questi casi deriva la necessità di reagire a tali illeciti ai sensi di entrambe le normative e, dunque, si prospetta l'opportunità per agire a tutela degli interessi complessivi del "cittadino digitale" piuttosto che, singolarmente e separatamente, a tutela del consumatore o utente, da un lato, e interessato del trattamento dall'altro.

Tale possibilità sembrerebbe auspicabile se si guarda ai risultati ottenuti nell'Unione europea da parte delle associazioni a tutela degli interessati, laddove costituite. L'attività di tali enti ha, infatti, spesso portato a sentenze di interesse strategico per gli assetti delle piattaforme digitali e, in generale, dell'imminente contesto socio-economico.

In quest'ottica può essere utile richiamare l'attività di "*Noyb - European Center for Digital Rights*", associazione senza scopo di lucro, costituita in Austria con il fine di "sensibilizzare il pubblico nei settori della libertà, democrazia e tutela dei consumatori nella sfera digitale con particolare attenzione ai diritti dei consumatori, i diritti fondamentali alla *privacy* e all'autodeterminazione, protezione dei dati, libertà di espressione, libertà di informazione, diritti umani e diritto fondamentale a un ricorso effettivo"[54]. Tale associazione può quindi essere presa come modello di una nuova forma di ente a tutela del cittadino digitale.

Peraltro, proprio dal sito dell'associazione è possibile prender atto del fatto che: "Noyb utilizza le migliori pratiche dei gruppi per i diritti dei consumatori, degli attivisti della *privacy*, degli *hacker* e delle iniziative tecnologiche legali e le fonde in una piattaforma europea stabile per l'applicazione della legge. Insieme alle molte nuove possibilità di applicazione della normativa UE sulla protezione dei dati (GDPR), Noyb è in grado di presentare casi di *privacy* in modo molto più efficace di prima. Inoltre, Noyb segue l'idea di un contenzioso mirato e strategico per rafforzare il vostro diritto alla *privacy*"[55].

Tale Associazione potrà servire da modello, anche nel contesto italiano, non solo dal punto di vista formale e/o organizzativo ma anche sostanziale, essendosi già guadagnata gli onori sul campo dal momento che è stata protagonista di sentenze importanti in materia di protezione dei dati personali e a tutela del cittadino nei confronti dello strapotere di operatori *big tech* come i c.d. "GAFAM".

Avendo di mira la tutela della c.d. "*privacy* commerciale", sfruttando la possibilità di una tutela collettiva dei dritti oggi resa possibile del Regolamento e secondo l'approccio di un "contenzioso mirato e strategico", a partire dall'entrata in vigore del Regolamento 2016/679 nel maggio del 2018, Noyb ha presentato quattro reclami a quattro Autorità di controllo in diversi Stati membri dell'UE: uno contro Google dinanzi l'Autorità francese (CNIL); uno contro Instagram nei confronti dell'Autorità belga (CPP); uno contro WhatsApp nei confronti dell'Autorità tedesca (HmbBfDI); l'ultimo nei confronti di Facebook dinanzi l'Autorità Austriaca (DSB)[56]. Di queste, solo la CNIL

51 *Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook*, Nr. 080/2020, KVR 69/19, Beschluss vom 23, Juni 2020, in www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html?nn=10690868.

52 N. Lomas, *Antitrust case against Facebook's "super profiling" back on track after German federal court ruling*, *Tech Crunch*, Jun 23, 2020, in https://techcrunch.com/2020/06/23/antitrust-case-against-facebooks-super-profiling-back-on-track-after-german-federal-court-.ruling/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAGwLWFhysQnQMwCzRswPkTINiJO1NHBTaVZCWkJvUwUwpAwMbrUySdvvtER5A5V4a3G1D_mPC8SAPXHE82-.56fZiALCQEP9ZC8WrK7_Fbpt9m3u5kFuvGo-0BkgwhDA8vsrBn-5nYy06fHS3Rp3qJAAgGv3F8iTow_ywP85drhtQe

53 Sia consentito rinviare anche a G. d'Ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e antitrust. Il caso dell'uso secondario di* big data, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 6, 2018, 943-987.

54 Statuto dell'associazione, art. 2, disponibile al link: https://noyb.eu/sites/default/files/2020-03/NOYB_Statute_DE_EN_0.pdf.

55 https://noyb.eu/it/idea.

56 Noyb, *GDPR: noyb.eu filed four complaints over "forced consent" against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook*, May 25, 2018, in https://noyb.eu/en/gdpr-noybeu-filed-four-complaints-over-forced-consent-against-google-instagram-whatsapp-and?pk_campaign=j.

ha completato l'istruttoria e sanzionato Google per 50 milioni di euro per non aver dato adeguata informazione e aver acquisito un consenso invalido per lo svolgimento di pubblicità personalizzata[57].

Per quanto qui di interesse, può essere importante sottolineare non solo che tale sanzione è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato francese[58], ma anche che il reclamo è stato presentato da Noyb insieme ad un'altra associazione "no-profit" francese denominata "*La Quadrature du Net*". Ciò a ulteriore conferma dal valore e dell'efficacia di costituire e rafforzare associazioni a tutela dei diritti non solo dei consumatori, non solo degli interessati del trattamento, bensì a tutela della persona o cittadino digitale.

I reclami presentati dinanzi le altre tre Autorità di controllo, invece, risultano ancora pendenti e sono stati inoltrati, in base al meccanismo del c.d. "*One-Stop Shop*", all'autorità irlandese, la DPC, in qualità di autorità capofila.

Tutti questi reclami sono accumunati dal volere colpire una pratica comune a le varie piattaforme coinvolte e che va oltre la semplice tutela della protezione dei dati personali. Si mira, infatti, a contestare la modalità di redazione dei contratti per i servizi offerti dalle piattaforme, realizzati secondo l'approccio definito "*take it or leave it*", che lasciano all'utente la sola possibilità di non aderire al contratto, e quindi non accedere al servizio, qualora non dovessero essere d'accordo con alcune delle condizioni contrattuali in essi contenuti, possono integrare, dunque, una pratica che non ha diretto rilievo solo dal punto di vista della protezione dei dati personali ma anche in materia di tutela del consumatore e con riferimento alla disciplina dei contratti. Può desumersi così l'importanza non solo di un rafforzamento delle forme di tutela collettive o su delega del cittadino che opera sulle piattaforme, ma anche dell'incentivo di forme di tutela che applichino trasversalmente e integralmente le normative coinvolte.

Il successo del lavoro di Noyb è testimoniato anche da un'altra "storica" sentenza, pronunciata questa volta dalla Corte di Giustizia dell'UE che, dopo aver annullato nel 2015 la decisione di adeguatezza della Commissione UE sullo scambio di dati personali dall'UE agli USA (la decisione n. 2000/520/CE, c.d. "*Safe harbor*") su reclamo di Max Schrems[59], ha successivamente annullato anche la successiva decisione di adeguatezza (decisione n. 2016/1250, "EU-US *Privacy shield*")[60] su reclamo di Noyb il cui presidente onorario è divenuto lo stesso Max Schrems[61].

Se a tali premesse e primi risultati positivi prodotti dalle associazioni a tutela degli interessati si affianca l'ormai decennale lavoro delle associazioni a tutela dei consumatori, che anche in Italia hanno dimostrato di meritarsi il ruolo di tutori dei consumatori e, al contempo, quasi di "ausiliari" delle istruttorie e attività sanzionatorie sia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ben si creano le condizioni per tentare una tutela trasversale e complessiva degli interessi del cittadino digitale, anche agendo dinanzi il Garante per la protezione dei dati personali.

Nel contesto italiano la presenza di associazioni a tutela degli interessati *ex* art. 80 del Regolamento sembrerebbe essere una realtà ancora poco presente o che solo timidamente sta emergendo. Ciononostante, più che incentivare la maggior diffusione di tali realtà anche nel nostro ordinamento, ciò che sembrerebbe auspicabile ai fini di una effettiva e generale tutela del cittadino digitale è sollecitare e favorire la fusione tra enti a tutela dei consumatori e enti a tutela degli interessati. Oppure, il che è lo stesso, sollecitare le attuali associazioni a tutela dei consumatori ad espandere il loro ambito di intervento anche alla protezione dei dati personali. Solo

57 Noyb, *Multa di 50 milioni di euro per Google confermata dalla Corte francese*, 19 giugno 2020, in https://noyb.eu/it/multa-di-50-milioni-di-euro-google-confermata-dal-conseil-detat.

58 Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Délibération de la formation restreinte n° SAN - 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC*, disponibile anche in inglese al seguente link: www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc Conseil d'Etat, sentenza del 19 giugno 2020. V. Conseil d'État, *Sanction infligée à Google par la CNIL*, 19 juin 2020, in www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/rgpd-le-conseil-d-etat-rejette-le-recours-dirige-contre-la-sanction-de-50-millions-d-euros-infligee-a-google-par-la-cnil; CNIL, *The Council of State confirms the sanction imposed on Google LLC*, 29 June 2020: www.cnil.fr/en/council-state-confirms-sanction-imposed-google-llc.

59 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 ottobre 2015, Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner, Causa C-362/14, in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf,

60 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 luglio 2020, Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems, Causa C-311/18, in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091en.pdf.

61 Noyb, *Sentenza della CGUE - Prima dichiarazione*, 16 luglio 2020, in https://noyb.eu/it/node/189.

padroneggiando tutte le discipline coinvolte nei processi che sono alla base dell'economia digitale sarà possibile garantire tutela alla persona operante sulle piattaforme digitali.

In conclusione, l'auspicio è che la tutela collettiva o per delega del cittadino digitale sia affidata ad un ente a tutela dello stesso; un ente che non sia specializzato o settorialmente e verticalmente focalizzato solo sulla tutela del consumatore o dell'interessato ma che faccia proprie queste due anime e sia in grado di discernere quando una controversia sia più una questione consumeristica o di protezione dei dati personali o quando, invece, entrambe le normative siano coinvolte per agire conseguentemente dinanzi l'autorità amministrativa preposta o dinanzi l'autorità giudiziaria facendo valere entrambi i plessi normativi. Così come si dovrebbe superare la creazione di normative verticali e rigidamente settoriali, allo stesso modo dovrebbe avvenire per la tutela offerta dalle associazioni di categoria.

Solo così e solo rafforzando il ruolo delle associazioni di consumatori come parte attiva o "integrata" nei lavori tanto dell'AGCM o AGCOM quanto del Garante per la protezione dei dati personali, tramite un'applicazione convergente, trasversale e integrata della normativa consumeristica con quella in materia di protezione dei dati personali, si darebbe una tutela completa al soggetto oggi protagonista della moderna realtà digitale: non più il consumatore o l'interessato, bensì l'utente in senso lato o, meglio, la persona nel contesto delle piattaforme o il cittadino digitale.

Bibliografia

Allegri M.R., *Oltre la* par condicio*. Comunicazione politico-elettorale nei* social media*, fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019

Battelli E., *Codice del consumo, Codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2, 2016, 425-454

Bolognini L., Pelino E., Bistolfi C., *Il Regolamento* Privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016

Califano L., Colapietro C. (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017

Cassano C., Colarocco V., Gallus G.B., Micozzi F.P. (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Milano, 2018

Ciccia Messina A., Bernardi N., Privacy *e regolamento europeo*, Milanofiori Assago, 2017

Comandè G., Malgieri G., *Manuale per il trattamento dei dati personali. Le opportunità e le sfide del nuovo Regolamento europeo sulla* Privacy, Milano, 2018

Cuffaro V., D'Orazio R., Ricciuto V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

D'Ippolito G., *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 3, 2020, 635-674

d'Ippolito G., *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra* data protection *e antitrust. Il caso dell'uso secondario di* big data, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 6, 2018, 943-987

De Cristofaro G., Zaccaria A., Abatangelo C., *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare*, Padova, 2013

De Franceschi A., *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, Napoli, 2017

European Union Agency for Fundamental Rights - Council of Europe - European Court of Human Rights - European Data Protection Supervisor, *Handbook on European data protection law*, 2018 edition, May 25, 2018, in https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf

Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017

Gobbato S., *"Big data" e "tutele convergenti" tra concorrenza,* GDPR ["General Data Protection Regulation" - *Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati] e Codice del consumo*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 3, 2019, 148-161

Maglio M., Polini M., Tilli N. (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La* privacy *dopo il Regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017

Mantelero A., Poletti D. (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018

Pizzetti F., *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016

Pizzetti F., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018

Quarta A., *Il diritto dei consumatori ai tempi della* peer economy*. Prestatori di servizi e* prosumers*: primi spunti*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2017, 667 ss.

Riccio G.M., Scorza G., Belisario E. (a cura di), *GDPR e normativa* privacy *commentario*, Milanofiori Assago, 2018

Ricciuto V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno,* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 4, 2018, 689-733

Rossi Carleo L. (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività,* enforcement, Torino, 2015

Sica S., D'Antonio V., Riccio G.M. (a cura di), *La nuova disciplina della* privacy, Milanofiori Assago, 2016

Thobani S., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 3, 2019, 131-147

Tosi E. (a cura di), Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice* Privacy, Milano, 2019

Ziccardi G., *Tecnologie per il potere. Come usare i* social network *in politica*, Milano, 2019

IL SISTEMA E-HEALTH TRA PROTEZIONE DEI DATI E FIDUCIA

(*Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli*)

Lo sviluppo di soluzioni innovative nel mercato dei servizi sanitari è in crescita e sembra guadagnare fiducia tra i consumatori. Uno degli esempi più significativi è rappresentato dall'utilizzo dei dati sanitari raccolti tramite i nuovi dispositivi "indossabili". Il tema non è privo di rilevanza problematica, come dimostrato dall'acquisizione di Fit-bit da parte di Google e dalle possibili conseguenze in termini di tutela dei dati personali e della concorrenza. Ampliando lo sguardo alle piattaforme e alla loro possibile incisione sulla privacy *(in modo particolare nel contesto Covid-19), ulteriori questioni sorgono dal lancio dell'*app *IMMUNI, deputata al* contact tracing *al fine di verificare se i rischi per i dati personali degli utenti siano così rilevanti.*

Tali scenari costituiscono il terreno concreto su cui misurare le strategie generali per riorientare il sistema sanitario-assistenziale verso logiche preventive in grado di efficientare tempi e costi e migliorare la qualità della vita delle persone attraverso l'uso delle tecnologie. Ne emerge un sistema di tutele adattivo e in fase di progressivo adeguamento che si va rafforzando in cui il ruolo proattivo di istituzioni, imprese, consumatori e Associazioni sarà sempre più centrale.

SOMMARIO: 1. Il mercato dei servizi sanitari: fiducia o sfiducia? – 2. *Wearable devices* e dati sanitari. – 3. Piattaforme, sanità e *privacy*. – 4. IMMUNI: un'occasione mancata? – 5. Le innovazioni di sistema. – 6. Il consumatore corresponsabile: fiducia crescente, tutele crescenti.

1. IL MERCATO DEI SERVIZI SANITARI: FIDUCIA O SFIDUCIA?

(Cristiana Lauri)

È ormai evidente come le innovazioni nel settore dell'*healthcare* rivestano un ruolo cruciale nel fronteggiare i mutamenti economici, sociali e ambientali all'ordine del giorno.

Lo sviluppo di soluzioni innovative nel mercato dei servizi sanitari rappresenta un impulso fondamentale per rendere il sistema resiliente. Esse migliorano la qualità delle cure ai pazienti (in via preventiva e successiva), nonché delle prestazioni rese dal personale sanitario, riducendo i tempi di diagnosi e rendendo fruibili in tempi rapidi dati statistici approfonditi. Non da ultimo, permettono di efficientare notevolmente il peso del settore sanitario gravante sui bilanci pubblici.

Alla base del costante aumento degli investimenti nella realtà dell'*e-health* vi è senz'altro una crescente domanda da parte dei consumatori, sempre più attratti dagli sviluppi tecnologici in ambito sanitario (dimostrato dal moltiplicarsi dei *download* di *app* mediche). Si tratta dunque di un settore in cui gli investimenti stanno aumentando notevolmente negli anni recenti (come emerge dalla ricerca di *Juniper Research* dal titolo "*Digital Health: Disruptor Analysis, Country Readiness e Technology Forecast 2018-2023*", gli investimenti nelle *start-up* sanitarie entro il 2023 raggiungeranno quota 20 miliardi di dollari).

Cionondimeno, la fotografia attuale del rapporto tra consumatori e dati/informazioni relativi al settore sanitario lascia emergere due tendenze apparentemente contrapposte.

Da un lato l'attrazione verso gli sviluppi tecnologici da parte degli utenti si traduce spesso in una fiducia disin-

cantata nel materiale conoscitivo trovato in rete relativo a patologie e possibili cure, anche laddove proveniente da fonti non scientifiche, non specialistiche e non accreditate (il rilievo merita attenzione se si considera che oltre il 50% degli italiani utilizza la rete per avere informazioni in campo sanitario[62]).

Dall'altro lato si registra un atteggiamento cautelativo rispetto alla propensione a condividere i propri dati sanitari (allo stato la metà è contraria e solo una minima percentuale si affida ad un'*app* per monitorare il proprio stato di salute: i dati relativi all' "*app* IMMUNI" sono paradigmatici[63]). Tale tendenza pare tuttavia esposta ad un capovolgimento in tempi non troppo lontani, considerando l'apertura dei consumatori più giovani verso la condivisione dei dati in rete, anche grazie ad una maggiore cognizione dei costi/benefici che ne derivano.

Tra le innovazioni che oggi erompono nel mercato, vi sono i dispositivi c.d. *wearable* e le *app*. Questi rappresentano un significativo banco di prova rispetto al quale misurare l'impatto delle innovazioni sul sistema delle regole ad oggi vigenti, nonché gli sviluppi futuri dello stesso.

2. *WEARABLE DEVICES* E DATI SANITARI

(Serafina Piantedosi)

Per dispositivi "*wearable*" si intendono quegli accessori "indossabili", tecnologicamente avanzati, che consentono agli utilizzatori di effettuare chiamate telefoniche, inviare messaggi, condurre ricerche e, in generale, implementare le funzionalità degli *smartphone* attraverso la connessione con questi ultimi.

Spesso essi raccolgono dati che poi verranno utilizzati dal consumatore per monitorare le proprie attività quotidiane o modificare in propri comportamenti. Tra i più diffusi *wearable*, ad esempio, si annoverano gli *smartwatch* che permettono, tra le altre cose, di telefonare, inviare e ricevere *email* se connessi via Bluetooth con lo *smartphone*, gestire la propria agenda ed essere avvisati delle scadenze, avere a disposizione il bollettino meteo in tempo reale, monitorare le proprie prestazioni sportive, geolocalizzare la propria posizione.

Molti *smartwatch*, poi, nascono con il compito di monitorare le attività fisiche del consumatore e tenere sotto controllo il battito cardiaco, la pressione arteriosa e le calorie bruciate, per cui vengono utilizzati dagli sportivi per migliorare le proprie prestazioni, ma anche dai soggetti affetti da particolari patologie, i quali li impiegano per controllare alcuni parametri vitali che meritano particolare attenzione.

Tali dispositivi, grazie ai loro sofisticati sensori, hanno ormai raggiunto un grado di precisione e accuratezza tale da poter essere qualificati come veri e propri dispositivi medicali, in quanto raccolgono una enorme quantità di dati sanitari, che possono fornire un quadro clinico piuttosto veritiero e dettagliato del consumatore-paziente. Essi quindi possono essere impiegati per la c.d. "*mHealth*" che è stata definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come quella pratica di assistenza sanitaria supportata dai dispositivi mobili, come *smartphone*, dispositivi per il monitoraggio del paziente e assistenza digitale personalizzata anche per il tramite di altri dispositivi *wireless*.

Da ciò, dunque, nasce la necessità di evitare che tale mole di dati sanitari possa essere oggetto di mercimonio per finalità ulteriori rispetto a quelle per cui sono stati raccolti.

Il loro impiego scorretto, infatti, potrebbe determinare non soltanto una violazione della *privacy* del consumatore, il quale subirebbe un pregiudizio dal loro utilizzo distorto, ma anche una lesione della concorrenza, poiché essi potrebbero essere utilizzati per fini commerciali, al fine di indirizzare le scelte d'acquisto del consumatore.

Sotto il profilo della tutela della *privacy* è utile ricordare che ai sensi dell'art. 4, n. 15 del GDPR i "*dati relativi alla*

62 Tra le molte ricerche sul punto v., ad es. https://www.realemutua.it/scopri-reale-mutua/magazine/osservatorio-welfare/salute-digital
63 V. infra al par. 4.

salute" sono quelli "*attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute*". Come previsto dal Considerando 35 del GDPR, inoltre, in tale definizione rientrano tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso, tra cui vi sono anche "*le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico in vitro*".

Dalla lettura del GDPR, dunque, sembrerebbe che anche i dati raccolti tramite i dispositivi *wearable* potrebbero rientrare tra quelli oggetto della tutela rafforzata prevista dall'art. 9 del GDPR. Infatti, come visto, grazie allo sviluppo tecnologico, questi ultimi sono capaci di estrarre dati molto precisi e veritieri sullo stato di salute del paziente, tanto da poter essere qualificati come veri e propri dispositivi medici, con la conseguenza che ai fini del loro trattamento dovrebbero essere richieste l'informativa e il consenso dell'interessato, pena il divieto del loro trattamento[64].

Pertanto, i dati estrapolati dai dispositivi *wearable* non dovrebbero essere trattati come semplici dati personali e, in quanto tali, presidiati da un livello di tutela inferiore rispetto ai dati sanitari, poiché non sono dati c.d. grezzi (*raw data*), e consentono di tracciare un profilo sanitario dell'utente; impongono un grado di protezione maggiore.

Il problema della tutela della *privacy* in tale ambito, poi, è acuito dalla modalità di raccolta di tali dati, che avviene per il tramite di app che non chiariscono al consumatore-paziente a chi vengono inviate le informazioni, come verranno utilizzate, chi è il responsabile del loro trattamento, dopo quanto tempo verranno cancellate, quali misure di protezione vengono attuate per garantirne la sicurezza e come vengono gestiti i dati dei minori, per cui risulta estremamente difficile impedirne un impiego scorretto ai danni del paziente.

I dispositivi indossabili sono una vera e propria piattaforma emergente attraverso cui possono essere offerti molti servizi e raccolti dati. Questi dati se utilizzati in modo scorretto potrebbero divenire oggetto di cessione a terzi per fini commerciali per modificare le scelte del consumatore e per falsare la concorrenza. I dati raccolti da questi dispositivi indossabili potrebbero essere utilizzati da talune imprese per indagare sullo stato di salute e sullo stile di vita di ciascuno ed essere utilizzati per ridurre i costi (pensiamo ad esempio alle compagnie di assicurazione) o per migliorare le prestazioni incentivando determinati comportamenti (come nell'ipotesi di un loro utilizzo da parte dei datori di lavoro).

Per tali ragioni, la Commissione Europea, ha aperto un'indagine approfondita per valutare la recente proposta di acquisizione di Fitbit da parte di Google, notificata alla Commissione il 15 giugno 2020 ai sensi del Regolamento UE sulle concentrazioni.

Fitbit è una società che sviluppa, produce e distribuisce dispositivi indossabili da polso, nonché bilance intelligenti, *software* e servizi connessi, per cui acquistando Fitbit, Google acquisirà il *database* in possesso di quest'ultimo e relativo ai dati sulla salute e sulla forma fisica dei propri utenti.

Nello specifico, i dati sanitari raccolti tramite dispositivi indossabili da polso potrebbero attribuire un vantaggio competitivo importante nei mercati della pubblicità *online* perché aumenterebbe il numero di dati in possesso di Google; sarebbe quindi più difficile per i concorrenti eguagliarne i servizi di pubblicità *online*. Pertanto, la concentrazione rischierebbe di creare barriere all'ingresso e all'espansione per i concorrenti di Google per questi servizi, a scapito di inserzionisti ed editori che dovrebbero affrontare prezzi più alti per acquistare spazi pubblicitari.

64 La tematica relativa alla *privacy* del paziente sarà approfondita diffusamente nei Paragrafi 3 e 4. In quest'ultimo, in particolare, si tratterà dell'*app* IMMUNI.

La Commissione, teme che tale concentrazione possa rafforzare ulteriormente la posizione di mercato di Google nei mercati della pubblicità *online*, aumentando la già vasta quantità di dati che Google potrebbe utilizzare per la personalizzazione degli annunci che offre e mostra.

In particolare, dopo l'acquisizione, Google sarà in grado di incorporare i dati di Fitbit nei suoi profili utente esistenti consentendo un maggiore *targeting* degli annunci pubblicitari, specie per gli annunci sui *display online*. La preoccupazione è quella che Google possa utilizzare anche i dati per effettuare approfondimenti su categorie o gruppi di persone e quindi applicare tali risultati a diverse ambiti della propria attività.

Pensiamo ad esempio all'utilizzo di queste informazioni per effettuare scelte commerciali concernenti la fornitura di beni e servizi sanitari, con una conseguente lesione della concorrenza. I dati raccolti da Fitbit, infatti, posseggono caratteristiche uniche rispetto a quelli raccolti tramite altre fonti come ad esempio i dati prodotti dagli *smartphone* e quelli derivanti dai *cookie* dei siti *web*, in quanto includono informazioni che non possono essere acquisite o, almeno non in modo così accurato, con altri mezzi, come i parametri relativi alla frequenza cardiaca e alla sua variazione, all'attività del sonno e alla saturazione dell'ossigeno.

È evidente come la nuova sfida per la tutela del consumatore-paziente nell'ambito della *mHealth* sarà quella della gestione di tale massa di dati sanitari, per cui, in particolare, occorrerà rendere noti i soggetti che potranno trattare i dati acquisiti, i modi e i tempi di conservazione degli stessi, nonché le misure previste per assicurarne la cancellazione.

La sanità digitale, dunque, come si vedrà nel Paragrafo successivo, dovrà necessariamente fare i conti con le esigenze di protezione dei dati sanitari, pena la diffusione incontrollata di dati in un ambito, come quello della salute del consumatore, in cui la tutela individuale dovrebbe invece essere rafforzata.

3. PIATTAFORME, SANITÀ E *PRIVACY*

(Susanna Sandulli)

I dati sanitari, come visto, richiedono una tutela specifica in ragione della loro particolare attinenza alla sfera più intima dell'interessato e il contesto Covid-19, unito a un utilizzo sempre più ampio delle piattaforme, non ha fatto che acuire tale esigenza.

La diffusione del Coronavirus ha invero inciso sull'intero settore sanitario, in quanto non si poteva che essere impreparati di fronte a un virus sconosciuto rispetto al quale gli strumenti di difesa a disposizione – dalle unità operative, ai reparti di terapia intensiva, alle mascherine protettive – si sono dimostrati insufficienti[65]; ciò ha imposto l'adozione di misure emergenziali, come il Decreto Legge del 17 marzo 2020 n. 18, il c.d. decreto cura Italia, ma l'impatto più rilevante si è avuto nell'ambito della *e-health*, in quanto la pandemia ha dimostrato l'importanza di procedere sempre più velocemente verso un "diritto delle piattaforme".

Le opportunità di un sistema sanitario basato sulla digitalizzazione e sulle piattaforme *online* sono evidenti, in quanto rispondono anche a una logica di sostenibilità e solidarietà – obiettivo perseguito a livello europeo tanto che suole parlarsi di "Unione delle piattaforme" – ma non si possono sottacere i rischi per la tutela individuale, che nell'attuale situazione emergenziale si pongono in termini peculiari.

Nonostante infatti l'unione fra tecnologia e diritto possa fare davvero la differenza, servono regole etiche: se la pandemia ha comportato l'adozione di più che giustificate misure eccezionali, permane l'obbligo di considerare il valore supremo della dignità[66].

65 C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del Coronavirus*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020.
66 R. Panetta, Data tracing, *modello coreano o cinese? No, serve una via italiana*, in https://www.corrierecomunicazioni.it.

Se, quindi, è ormai da anni che gli esperti si interrogano su come garantire uno sviluppo positivo del rapporto fra tecnologia e settore sanitario, l'emergenza Covid-19 ha dimostrato ulteriormente l'importanza delle piattaforme *online*, la cui specificità richiede però di applicare in modo diversificato soluzioni e principi tradizionali. Occorre tener conto della rilevanza del contesto esterno dal quale possono scaturire regole diverse e, pertanto, è necessario esulare dal quadro dei consumi inteso in chiave classica.

L'attuale situazione è caratterizzata da alcune limitazioni dei diritti, che sono state fondamentali nella prima fase di contrasto al virus, ma che hanno inciso sulle vite e le abitudini dei cittadini; fra le ricadute più rilevanti si possono annoverare quelle relative alla *privacy:* si pensi alle autocertificazioni necessarie per compiere spostamenti. Ma le complicazioni maggiori emergono quando entra in gioco anche la tecnologia, in particolare nel caso del c.d. *contact tracing*.

Se in un contesto di "normalità" la tecnica a cui far ricorso è senz'altro quella del bilanciamento degli interessi, ad oggi questo equilibrio pare più difficile da trovare: non si può ignorare che il diritto alla salute concerne non solo una dimensione soggettiva, bensì anche quella pubblicistica del "bene salute", per cui il riconoscimento del diritto personale è ancorato all'interesse della collettività.

La salute assume una duplice valenza di bene con valore verticale ed orizzontale[67], che se giustifica i trattamenti sanitari obbligatori, nel contesto pandemico impone in misura ancora maggiore di guardare agli interessi dell'intera collettività, giacché la *privacy* è un diritto fondamentale ma non assoluto che va bilanciato con altri diritti.

Le istituzioni e il Garante Privacy hanno quindi collaborato per assicurare un utilizzo delle piattaforme *online* che avesse come faro i principi sanciti dalla Costituzione, dal GDPR e dal Codice della privacy, considerando che la tecnologia non serve esclusivamente a semplificare le attività quotidiane, ma nell'emergenza Covid-19 diviene un importante strumento di monitoraggio dei contagi.

Le perplessità, però, sono intuibili, specialmente con riferimento ad IMMUNI – ossia all'*app* prescelta per mappare la diffusione del virus nel nostro Paese e che ha trovato una copertura normativa con il Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28[68] – e quindi ci si chiede se l'impellente necessità di salvaguardare la salute pubblica abbia, in qualche misura, schiacciato il diritto alla *privacy*.

4. IMMUNI: UN'OCCASIONE MANCATA?

(Susanna Sandulli)

La tecnologia può apportare un contributo fondamentale alla lotta al Coronavirus, poiché consente una drastica riduzione dei tempi di tracciamento di coloro che sono entrati in contatto con un soggetto risultato positivo al Covid-19 e ciò ha indotto numerosi paesi, fra cui l'Italia, ad adottare un'*app* che permetta alle Autorità nazionali di tener traccia della catena dei contagi.

Il sistema di *contact tracing* messo a punto in Italia ha nondimeno suscitato un acceso dibattito riguardo al funzionamento dell'*app*, la quale implica una raccolta dei dati personali degli utenti. Il modello è già utilizzato in Sud Corea, con una sostanziale differenza: il sistema sud-coreano, così come quello cinese, comporta un vero e proprio controllo sulla popolazione attraverso l'uso di sistemi di videosorveglianza, raccoglie i dati personali degli utenti con modalità estranee alla normativa e alla cultura giuridica europea[69].

67 G. Luccioli, *I diritti fondamentali ai tempi del Coronavirus*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2020, 1461 ss.
68 Nata dalla stipula del contratto di cessione gratuita della licenza d'uso e di appalto di servizio gratuito – autorizzato con l'ordinanza n. 10 del 16 Aprile 2020 da parte del Commissario per l'emergenza – con la *software house* Bending Spoonse sviluppata dalla *partenership* con il Centro Medico Santagostino.
69 G. Cavallari, *Il sistema di tracciamento durante l'epidemia da Covid 2019: l'app italiana "Immuni"*, in *Ius Itinere*, fasc. 1, 2020.

Pertanto si è manifestata la necessità di adottare un sistema di *contact tracing* differente, ispirato ai principi e alle norme del GDPR e la cui base giuridica è stata individuata nel citato art. 9, par. 2, lett. *i)*, il quale prevede la possibilità di trattare particolari categorie di dati se *"il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero (...)"*[70].

Ne consegue che il trattamento di dati personali per il *contact tracing* viene ritenuto legittimo poiché lo scopo del sistema è proteggere il diritto fondamentale alla salute.

Inoltre, poiché il par. 4 del predetto art. 9 sancisce la possibilità per gli Stati membri di introdurre condizioni o misure più restrittive relativamente ai dati sanitari in caso di situazioni emergenziali come quella attuale, l'art. 2 *septies* del Codice della privacy prevede che *"i dati genetici, biometrici e relativi alla salute, possono essere oggetto di trattamento in presenza di una delle condizioni di cui al paragrafo 2 del medesimo articolo e in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante, nel rispetto di quanto previsto dal presente articolo"*; perciò, i trattamenti dei dati sanitari devono essere previsti per legge e disciplinati in modo da garantire anche la pseudonomizzazione dei dati *ex* art. 4, par. 5 del GDPR.

Ciò posto, con il provvedimento n. 79 del 29 aprile 2020[71] il Garante Privacy ha espresso parere favorevole in merito alla richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri *"sulla proposta normativa concernente il tracciamento dei contatti fra soggetti tramite apposta applicazione sui dispositivi di telefonia mobile"* in base all'art. 57, par. 1, lett. *c)* del GDPR e con il provvedimento n. 95 del 1° giugno 2020[72] ha autorizzato il Ministero della salute ad avviare il trattamento dei dati personali con l'*app* IMMUNI; all'Autorità è stato dunque affidato l'arduo compito di mediare tra i due interessi in gioco, ossia il diritto alla salute e la tutela dei dati personali.

Se, infatti, è insita nella stessa *app* l'esigenza di tutelare la salute quale bene individuale e bene pubblico, evidenti sono i rischi di *data breach*, specialmente che un soggetto non autorizzato si appropri illecitamente delle credenziali di accesso, come avvenuto in Olanda dove i dati dell'*app* Covid19 Alert! sono stati accessibili per un breve arco di tempo da un'*app* differente creata dai medesimi sviluppatori.

Dunque il Garante ha dovuto verificare come l'interessato possa esercitare concretamente i propri diritti; se l'informativa sul trattamento dei dati personali contenga tutte le informazioni di cui all'art. 13 del Codice della privacy; quali sono le modalità e la tempistica di conservazione dei dati acquisiti; a quali soggetti possono essere ceduti; come sarà garantita la minimizzazione dei dati trattati e, infine, quali le modalità previste per assicurare la cancellazione dei dati[73].

Fatta tale premessa, occorre comprendere come funziona concretamente IMMUNI che, conformemente al modello europeo delineato dal Consorzio PEPP-PT (*Pan European Privacy Proximity Tracing*)74, individua le persone potenzialmente esposte al Covid-19, permettendo di attivare tempestivamente le misure di sorveglianza sanitaria.

La particolarità di tale sistema risiede nell'utilizzo di una crittografia-generazione di chiavi che avviene direttamente sugli *smartphone* degli utenti, garantendo lo scambio di identificativi anonimi crittografati; la tecnologia di IMMUNI rileva la vicinanza tra due *smartphone* e ogni utente viene individuato tramite un codice ID, che viene generato nel momento in cui si scarica l'*app*, ma che cambia diverse volte ogni ora e che non identifica direttamente l'utente. Quindi, qualora due utenti che abbiano scaricato l'*app* si trovino vicini, gli *smartphone* si scambiano i codici anonimi e li registrano nella loro memoria per tenerne traccia.

Il principio su cui si fonda IMMUNI è il c.d. indice di rischio: il Ministero della Salute, basandosi su alcuni metadati, ha indicato dei parametri per cui il contatto deve essere durato per oltre 15 minuti ad una distanza inferiore

70 Sul tema v. A. Cataleta, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 204 ss.

71 https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050.

72 https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356568.

73 L. Iadecola, *App Immuni e il ruolo del Garante della privacy*, in *Dir. civ. comm.*, fasc. 1, 2020.

74 Il pan europeo che ha riunito 130 scienziati e 32 fra aziende ed istituti di ricerca di 8 paesi per sviluppare l'app di *contact tracing*.

ai 2 metri; qualora venga raggiunta la soglia, l'*app* mostrerà la c.d. notifica di esposizione ("Il giorno X sei stato vicino a un caso COVID-19 positivo") – a condizione che l'utente abbia scelto di segnalare la propria positività[75] – e, quindi, se si è entrati in contatto con un soggetto risultato positivo, si viene avvisati tramite alert attivati da algoritmi in modo che si innestino i protocolli sanitari e si eviti un'ulteriore diffusione dei contagi.

L'utente è quindi invitato a prendere le opportune misure, ossia chiamare il proprio medico di base – che a sua volta informerà il Dipartimento di prevenzione dell'ASL territorialmente competente – per ricevere tutte le informazioni necessarie sulla patologia e sui comportamenti da adottare[76].

Ciò posto, i rischi per la *privacy* sembrano in realtà inferiori a quelli ipotizzati, anche perché IMMUNI rispetta i criteri individuati dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EBDP) nelle Linee guida sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19[77].

Anzitutto, IMMUNI utilizza la tecnologia Bluetooth Low Energy che permette di tracciare i contatti stimando con sufficiente precisione la vicinanza tra le persone per rendere efficace l'avvertimento, ma senza raccogliere dati relativi a nome, cognome, data di nascita, numero di telefono, indirizzo *email*, identità delle persone incontrate, né, diversamente da altri modelli, dati di geolocalizzazione, inclusi quelli GPS; a ciò consegue che una delle caratteristiche principali dell'*app* è l'anonimato o, per meglio dire, la pseudonimizzazione dei dati, poiché si può risalire all'identità dell'utente esclusivamente in caso di rilevata positività[78].

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 35 del GDPR, il titolare dei dati (ossia lo Stato) ha dovuto effettuare la valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali per appurare la compatibilità con i principi sanciti dalla Costituzione e con quelli in materia di *privacy* e si consideri, poi, che i dati personali che vengono raccolti e gestiti dal Ministero della Salute e da altri soggetti pubblici sono salvati esclusivamente su di un server che è un'infrastruttura pubblica italiana, gestita dalla piattaforma *software* Sogei, a sua volta gestita dal Ministero della Salute.

I rischi per la *privacy* degli utenti sembrano poi mitigati in quanto i dati vengono cancellati quando non sono più necessari e, in ogni caso, l'*app* dovrà cessare alla data prevista per la fine dello stato di emergenza e dunque tutti i dati, eccezion fatta per quelli aggregati a fini di ricerca o statistici, saranno eliminati.

Si ricordi, inoltre, che l'Italia ha adottato un modello di funzionamento decentralizzato, per cui la generazione delle chiavi crittografate, come visto, non avviene su un server centrale, ma direttamente sul dispositivo dell'utente. Infine, è stato previsto il meccanismo del c.d. *dummy traffic* per cui, oltre ai dati crittografati degli utenti, vengono scambiati anche dati *fake* in modo da inquinare il segnale e impedire a soggetti terzi di acquisire informazioni attraverso l'analisi del traffico e utilizzare illecitamente l'*app*.

La caratteristica fondamentale di IMMUNI è però rappresentata dalla volontarietà, in quanto sono i cittadini a decidere se scaricare o meno l'*app*, ma se questo è un suo punto di forza, al contempo può vanificarne la portata.

Se si considera che una parte della popolazione – bambini e anziani – non possiede uno *smartphone* e che un'altra parte ha deciso di non scaricare l'*app*[79], la riuscita di IMMUNI sembra compromessa, ma se in questa sede non si possono analizzare le motivazioni che inducono a non effettuare il *download*, non ci si può esimere da una riflessione.

Posto che – come sottolineato dalla Commissione europea nelle Linee Guida 04/2020[80] – anche nei casi di emergenza sanitaria occorre garantire la protezione dei dati e la tecnologia deve essere uno strumento di contrasto

75 La segnalazione viene effettuata con l'aiuto di un operatore sanitario al fine di evitare false segnalazioni.
76 R. Berti, A. Longo, S. Zanetti, *Immuni: come funziona l'app italiana contro il coronavirus*, 30 agosto 2020, in www.agenziadigitale.eu.
77 https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/usmernenia/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_en.
78 Ciò conformemente a quanto precisato dalla Commissione europea nelle proprie linee guida sul *contact tracing* dell'8 aprile 2020 e nella raccomandazione del 14 aprile 2020 e altresì dal Presidente dell'EBDP nella lettera alla Commissione Europea.
79 Come dichiarato dal Ministero per l'Innovazione tecnologica e la digitalizzazione, al 24 agosto risulta che solo 5,2 milioni di utenti, ossia il 13% della popolazione ha scaricato l'*app*, mentre era stato previsto che per una riuscita efficace essa doveva essere utilizzata da almeno il 60%. Dati disponibili su https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/immuni-come-funziona-lapp-italiana-contro-il-coronavirus/
80 *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tootle in the context of the Covid-19 outbreak*, 21 Aprile 2020, in https://edpb.europa.eu.

al virus e non di controllo della popolazione, il tema che si presenta è, ancora una volta, quello della consapevolezza dei consumatori e degli utenti in merito alla protezione dei dati personali e, in generale, dei lori diritti.

L'atteggiamento dei consumatori risulta quasi sempre poco razionale e diversi studi in materia hanno dimostrato come, anche in presenza di informazioni chiare, corrette e comprensibili, non sempre essi riescono ad adottare decisioni pienamente consapevoli, poiché l'emotività può condurre a scelte irrazionali; la profonda evoluzione della disciplina della *privacy*, d'altro canto, ha rilevato come i dati personali degli interessati abbiano un considerevole valore economico[81] rispetto al quale, però, gli stessi sono indifferenti o, quantomeno, ignari.

Occorre perciò ricercare delle soluzioni per incrementare non solo l'utilizzo di IMMUNI, ma lo stesso sistema digitale di contrasto al Coronavirus, e uno strumento fondamentale è rappresentato dal coordinamento fra le Autorità europee e gli Stati membri per l'adozione di soluzioni omogenee che garantiscano un'azione tecnologica efficace.

Come sottolineato anche dal Garante Privacy Europeo, una soluzione comune è l'unica via, in quanto "*big data means big responsibility*"[82], che non può essere affrontata individualmente dai governi dell'Unione e si potrebbe quindi pensare di predisporre un sistema di *contact tracing* che operi anche al di fuori dei confini nazionali utilizzando sempre la stessa applicazione.

Un importante contributo in questo senso è stato dato da Apple e Google che hanno introdotto una nuova funzionalità, ossia il sistema *Exposure Notifications Express* che rilascia la "Notifica di esposizione", che funziona con gli stessi principi di IMMUNI, con la differenza però che l'utente può decidere di condividere i propri spostamenti anche nel caso in cui si rechi in un altro Stato; tuttavia, per segnalare la propria positività occorre in ogni caso scaricare IMMUNI e dunque si tratta di una funzionalità che non impatta negativamente sull'*app*, né si sostituisce ad essa, ma è stata pensata fondamentalmente per quei Paesi che non hanno ancora adottato un'*app* propria di *contact tracing.*

È quindi fondamentale agire tramite azioni mirate che coinvolgano il Governo, il Garante Privacy e le Associazioni dei consumatori in una prospettiva di coordinamento e su questa linea si potrebbe prevedere un protocollo *ad hoc* da applicare in situazioni eccezionali come quella attuale.

L'emergenza Covid-19 ci ha infatti mostrato l'inadeguatezza di un sistema improntato su di un rigido riparto di competenze e, quindi, per agevolare la realizzazione di un efficace apparato di tutela occorre far riferimento al principio di leale collaborazione, che impone di considerare informazioni e dati acquisiti nell'esercizio delle proprie funzioni coerentemente al principio di cui all'art. 97 Cost[83]. Un'azione sinergica renderebbe più incisivo l'operato delle Istituzioni, non solo implementando l'attuale protezione dei consumatori, ma bilanciando efficientemente i diversi interessi in gioco[84].

In particolare, le peculiarità sottese all'attuale contesto mettono in luce il ruolo rivestito dalle Associazioni, le quali potrebbero collaborare con il Governo e le *Authorities* nel far comprendere ai consumatori l'importanza delle piattaforme *online* nella lotta tecnologica al Coronavirus, in un'ottica che è, ancora una volta, quella dell'educazione, che va letta però in una nuova prospettiva.

Essa va intesa nel senso che il consumatore deve essere realmente parte attiva, preoccupandosi di un "bene comune" in un'ottica di sostenibilità, considerando che ciò conduce ad un nuovo sistema di principi che si basa sull'*accountability* e, in generale, su di un regime di responsabilità necessariamente preventivo.

Se infatti, indubbiamente, l'operato di Google ed Apple è un importante passo in avanti in questa direzione, non è ancora sufficiente, in quanto non tutti gli utenti utilizzano il nuovo sistema di notifiche; quindi si potrebbe pre-

81 Sul tema, v. il contributo di G. D'Ippolito e G. Di Martino, in questo Rapporto.

82 Discorso del 6 aprile 2020 *"EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the* pandemic" disponibile su https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_covid19_en.pdf.

83 M. Rabitti, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella Direttiva sui sistemi di pagamento*, in M.C. Paglietti, M.I. Vangelisti (a cura di), *Innovazioni e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella Psd2*, Roma, 2020, 103.

84 *Ibidem*, 89, nota 17.

vedere un'azione congiunta del Governo con le Associazioni dei consumatori, le aziende del settore e le Autorità mediante, ad esempio, un programma di educazione digitale che, sfruttando la maggior dimestichezza dei *millenials* con le nuove tecnologie, parta proprio dalle scuole – anche con procedure di didattica a distanza – e che abbia ad oggetto anzitutto le piattaforme.

Se infatti le generazioni più giovani utilizzano quotidianamente piattaforme come Amazon e Netflix, spesso non sono consci né delle potenzialità delle stesse, né tantomeno dei rischi in cui possono incorrere fornendo i propri dati personali; e questa inconsapevolezza può avere altresì delle ricadute negative nel senso che – come nel caso di IMMUNI – se non si conosce una realtà digitale, non si può neppure usufruire dei benefici da essa derivanti.

E proprio qui entrano in gioco le Associazioni dei consumatori che, magari per il tramite della disposizione di un piano di Governo specifico e coadiuvate dalle *Authorities*, specialmente in settori delicati come quello sanitario, possono contribuire a rendere i cittadini più consapevoli delle loro scelte, acquisendo delle competenze specifiche.

Per questo le Associazioni dei consumatori assolvono una funzione cruciale concertando il circolo regolatorio e dovrebbero interagire costantemente con le Autorità nazionali ed europee, anche perché il contesto Covid-19 ha dimostrato che dalle piattaforme nascono una serie di diritti, rispetto ai quali spesso è irrilevante che l'utente sia effettivamente un consumatore e, dunque, l'unico modo per guardare ad esso in una prospettiva unitaria è quello di considerarlo non un soggetto economico, bensì una persona.

5. LE INNOVAZIONI DI SISTEMA

(Cristiana Lauri)

La considerazione del consumatore nel settore sanitario come "persona" al centro di un sistema rappresenta la base per una rilettura delle dinamiche dei mercati dei servizi sanitari e degli attori che in essi agiscono.

Alla fiducia verso le *app*, i *Wearables* e, più in generale, i dati e le informazioni riguardanti il settore sanitario risponde una rete di garanzie e tutele che il legislatore su scala europea si avvia a rafforzare progressivamente. Ciò nella prospettiva di superare la logica che guarda alla fruizione di tali strumenti innovativi come un'esperienza isolata da parte di utenti attratti dalle tecnologie, per giungere ad una rinnovata logica di sistema in cui i *devices* sono parte integrante del sistema sanitario e assistenziale anche su scala transnazionale.

L'impegno dell'Unione riguardo ai servizi di *e-health* si inserisce nella più ampia strategia del *Digital Single Market*, avviata dal 2015[85]. La Comunicazione della Commissione relativa alla *"trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana"* (SWD(2018) 126 final del 25.4.2018) richiama l'attenzione sulla transizione dei "sistemi sanitari e assistenziali", accogliendo una visione ampia (che accoglie sanità pubblica e assistenza sociale), invocando riforme e soluzioni innovative per renderli maggiormente resilienti, accessibili ed efficaci nel fornire assistenza di qualità ai cittadini europei.

Nel far ciò identifica tre pilastri, che indicano dei percorsi di sistema che tutti i soggetti operanti nel mercato dell'*e-health*, pubblici e privati, sono chiamati a implementare.

In primo luogo l'accesso sicuro dei cittadini ai dati sanitari e la condivisione degli stessi. Si tratta di garantire

85 Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence,* SWD(2015) 100 final, sezione 5.6 "Digitisation in Basic Sectors; eHealth and eCare", 79-81.

la tracciabilità dei dati tramite il loro collocamento in una sede (virtuale) unica, nonché la standardizzazione delle cartelle cliniche elettroniche. Questo può avere un impatto significativo sulla diagnosi, il trattamento e il *follow-up*, anche su scala europea (lo scambio transfrontaliero dei dati dei pazienti nell'UE si basa oggi sulla cooperazione volontaria delle autorità sanitarie che accettano di connettersi all'infrastruttura di servizi digitali per l'*e-health*, tramite la c.d. *eHealth Digital Service Infrastructure*).

Il parallelo sviluppo della tutela della *privacy* dei consumatori attraverso il GDPR[86] costituisce precondizione affinché tali strumenti possano essere fruiti compatibilmente con la protezione dei diritti fondamentali riconnessa al trattamento di dati sensibili e sensibilissimi.

In secondo luogo si fa leva sulla necessità di raccogliere dati migliori per promuovere la ricerca, la prevenzione delle malattie e una sanità e un'assistenza personalizzate. Attraverso le nuove tecnologie risulta infatti possibile un più vasto utilizzo di informazioni genomiche e di altro tipo (come definizione del profilo molecolare, diagnostica per immagini, dati relativi all'ambiente e allo stile di vita) da parte di medici e scienziati per una migliore comprensione delle malattie e dei modi per prevederle, prevenirle, diagnosticarle e trattarle: è il c.d. approccio alla "medicina personalizzata".

A ciò si lega, in terzo luogo, l'avanzare di strumenti digitali per la responsabilizzazione dei cittadini e un'assistenza incentrata sulle persone. I sistemi sanitari sono chiamati a superare la prospettiva del trattamento per dirigersi, invece, verso una prospettiva di sistema incentrata sulla promozione della salute e la prevenzione delle malattie, con un focus sul benessere *lifelong* degli individui.

A tal fine si rende necessario passare da una frammentazione dei servizi ad una progressiva integrazione e al loro coordinamento in un quadro di continuità dell'assistenza. Il processo richiede un impegno degli Stati membri e delle autorità regionali sul piano delle riforme al fine di migliorare l'efficacia, l'accessibilità e la resilienza dei propri sistemi sanitari.

Come ben evidenziato dalla Commissione, questa trasformazione non è priva di complessità e sarà possibile solo se i molti attori differenti si impegneranno in uno sforzo comune. Ciò richiederà: "i) un significativo investimento finanziario in un momento in cui i sistemi sanitari e di assistenza sociale si trovano sotto pressione finanziaria, ii) impegno e conoscenza delle modalità per garantire che tale investimento porti ad un'attuazione efficace e vantaggiosa sotto il profilo dei costi di soluzioni assistenziali digitalizzate e incentrate sulle persone e iii) condizioni di mercato che possano facilitare le economie di scala per i fornitori della tecnologia e dei servizi".

Tali condizioni sfidano il settore sanitario e assistenziale in Europa, sinora ancora arretrato rispetto a tali obiettivi e repentinamente impattato dalla pandemia da Covid-19 in corso[87], che di certo si pone quale fattore ulteriore alla base dell'esigenza di ribilanciamento delle posizioni di tutti gli attori del sistema.

La conversione verso un sistema caratterizzato da un livello avanzato dal punto di vista tecnologico e improntato alla prevenzione sembra infatti rafforzata dalle esigenze che si impongono nella presente fase storica di convivenza con la pandemia, che sta ri-orientando i mercati e l'azione pubblica nell'ambito dei servizi. In primo luogo perché in occasione del *lockdown* sono mutati radicalmente gli stili di vita e di consumo (si pensi all'acquisto di dispositivi di protezione di vario genere prima sconosciuti ai non tecnici) con effetti che hanno una loro risonanza ad ampio spettro sui mercati e che si manterrà verosimilmente ancora a lungo. In secondo luogo perché ha innescato un ripensamento del sistema sanitario-assistenziale secondo nuove logiche ancora in fase di embrionale implementazione accelerando drasticamente la percezione della rivoluzione che verrà. Si tratta di un ripensamento frutto di due elementi tra loro interdipendenti: quello organizzativo, che include la progettazione

86 Su questi profili, v. il precedente par. III.
87 L'impatto *privacy* in ambito sanitario appare estremamente attuale in ragione del recente stato emergenziale, che ha previsto una apposita deroga con l'art. 14 D.L. 14 del 2020 ("*Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*").

di nuovi modelli che privilegiano le cure a distanza e l'*empowerment* del paziente; quello tecnologico, che include l'impiego ordinario di soluzioni digitali ormai mature, in grado di abilitare nuovi modelli di cura.

6. IL CONSUMATORE CORRESPONSABILE: FIDUCIA CRESCENTE, TUTELE CRESCENTI

(Cristiana Lauri)

I processi sinora decritti chiamano a forme di cooperazione sempre più stringenti tutti gli attori operanti nel sanitario-assistenziale: i soggetti istituzionali quali Stati membri, regioni e città; gli operatori del mercato, in particolare i fornitori della tecnologia e dei servizi; gli operatori sanitari e assistenziali e le strutture che li governano[88]; ma anche le organizzazioni della società civile, il mondo accademico, gli investitori e le piattaforme.

Si tratta di ristabilire un rapporto di fiducia tra tutti questi soggetti in un'ottica generale di sostenibilità e solidarietà, capace di bilanciare diritti fondamentali finanziariamente condizionati e nuovi scenari di mercato.

Ciò richiede, in altri termini, una compartecipazione multilivello, che fa leva sull'auto-responsabilizzazione dei pazienti-consumatori-persone. Si afferma, infatti, una corresponsabilità nella gestione dei dati sia da parte degli operatori del mercato sia da parte dei consumatori, affinché essi siano affidabili e costanti, tali da poter costituire il materiale conoscitivo di base su cui costruire i servizi e i relativi meccanismi di regolazione.

La creazione di servizi *taylor-made* porta con sé ricadute dirette sulla dimensione collettiva che è alla base della tutela della salute pubblica, da intendere come "valore che genera valore" sul piano generale, essendo funzionale al mantenimento di livelli di benessere più elevati, a rendere le popolazioni resilienti e preparate anche a futuribili scenari pandemici.

Rispetto alle dinamiche di mercato, il ruolo degli utenti rappresenta il baricentro dello sviluppo delle nuove tecnologie (ciò vale per tutti i settori, ma in quello sanitario risulta particolarmente evidente) in quanto i servizi saranno disegnati e sviluppati sulle loro esigenze, primi tra tutti i servizi sanitari resi da remoto.

Molti esempi dimostrano come la progettualità in tal senso sia oggi una potente realtà. Si pensi ad esempio alle oltre 4.000 farmacie hanno aderito al progetto Promofarma-HTN (con il supporto di Federfarma) volto ad offrire servizi di telemedicina ai cittadini. I risultati, incoraggianti, potranno essere ulteriormente implementati con la sperimentazione della farmacia dei servizi che sarà estesa a tutte le Regioni dal 2021[89]. Per i cittadini il servizio offre indubbi vantaggi, ottenendo prestazioni con ridotti tempi di attesa e di prenotazione che in futuro il 5G permetterà di potenziare ulteriormente.

Rispetto al rafforzamento della fiducia nel sistema, la capacità degli utenti di cogliere le opportunità e i benefici delle innovazioni può essere massimizzata dalla collaborazione con le associazioni rappresentative dei consumatori. Ciò rappresenta un metodo di certo non nuovo, ma che si tinge di nuove prospettive.

Ne è un esempio eloquente l'azione informativa ora in atto rispetto alle potenzialità del 5G, il cui sviluppo promette per un futuro non lontano prestazioni raffinate in grado di far dialogare tra loro sempre più velocemente persone e macchine, con impatti significativi sul quotidiano e dunque con potenziale illimitato anche nel sanitario-assistenziale.

La connessione tra utenti e associazioni risulta fondamentale per creare un clima di fiducia nell'innovazione,

88 Il Responsabile della Protezione dei Dati svolge un ruolo di controllo del rispetto della normativa in materia di *privacy* e funge da punto di contatto con l'autorità di controllo, nonché con degli interessati che intendano esercitare i propri diritti.
89 I risultati sono disponibili alla pagina *web* https://www.federfarma.it/Edicola/Filodiretto/VediNotizia.aspx?id=20787.

basato sulla conoscenza delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie, dalle reti di nuova generazione, dall'accesso a informazioni corrette sotto il profilo scientifico riguardo gli impatti sull'ambiente e sulla salute umana nel panorama di un dibattito non di rado dominato da posizioni politiche distanti dalle risultanze scientifiche.

Ecco perché un ruolo proattivo da parte delle associazioni a tutela del consumatore e delle associazioni rappresentative delle imprese risulta essenziale nel rispondere ai molteplici interrogativi sulla sicurezza, sulla salute, sulla *privacy* dei cittadini che potrebbero condizionarne significativamente l'impiego in alcuni paesi.

Tale duplice azione, di *enforcement* e di *empowerment,* si pone in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile del sistema[90], costituendo un fattore costitutivo essenziale per ogni azione futura.

Quali prospettive, dunque, per i tempi a venire?

Rafforzare il dialogo e la cooperazione tra autorità di governo nazionali, autorità di regolazione dei mercati, *start-up* innovative e associazioni sarà fondamentale al fine di sviluppare un'informazione costante e una cultura del "consumo" dei prodotti, della prevenzione e dei servizi di *e-health*. Ciò anche attraverso forme di progettualità innovativa, co-creazione e co-progettazione, capaci di orientare i mercati verso strumenti che concretamente incidono sulla tutela della salute pubblica in modo sistemico.

Sul piano organizzativo resta ferma la prospettiva di implementare la creazione di una piattaforma per la raccolta centralizzata di dati sanitari e il loro scambio, a beneficio di tutti gli attori dei mercati, del mondo scientifico e delle molteplici applicazioni sul piano concreto relativamente ai servizi che ne possono derivare[91].

A fronte dei provvedimenti in corso di adozione nelle sedi europee, sarà inoltre possibile agire sul piano delle linee di finanziamento, valutando positivamente le iniziative economiche (pubbliche e private) che possano avere impatti positivi per migliorare gli stili di vita delle collettività, la salubrità degli ambienti e la salute pubblica eventualmente anche ponendo forme di condizionalità.

Bibliografia

Bassan F., https://www.key4biz.it/gaia-x-cose-veramente-anche-google-amazonco-possono-ricevere-il-bollino-del-progetto/320135/

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Berti R., Longo A., Zanetti S., *Immuni: come funziona l'app italiana contro il coronavirus*, 30 agosto 2020, in www.agenziadigitale.eu

Bottari C., *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del Coronavirus*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, in Federalismi.it, 13 maggio 2020

Cataleta A., *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 204 ss.

Cavallari G., *Il sistema di tracciamento durante l'epidemia da Covid 2019: l'app italiana "Immuni"*, in *Ius Itinere*, fasc. 1, 2020

Iadecola L., *App Immuni e il ruolo del Garante della privacy*, in *Dir. civ. comm*., fasc. 1, 2020

Luccioli G., *I diritti fondamentali ai tempi del Coronavirus*, in *Cass. pen*., fasc. 4, 2020, 1461 ss.

Panetta R., Data tracing*, modello coreano o cinese? No, serve una via italiana*, in https://www.corrierecomunicazioni.it.

Pedrazzi G., *Il ruolo del responsabile della protezione dei dati (dpo) nel settore sanitario*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, fasc. 1, 2019, 179

Rabitti M., *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella Direttiva sui sistemi di pagamento*, in M.C. Paglietti, M.I. Vangelisti (a cura di.), *Innovazioni e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella Psd2*, Roma, 2020, 89 e 103

90 Con particolare riferimento ai *Sustainable Development Goals* v. part. il n. 3 "Salute e benessere".

91 Il dibattito sul punto è affrontato di recente nell'intervista a F. Bassan, disponibile su https://www.key4biz.it/gaia-x-cose-veramente-anche-google-amazonco-possono-ricevere-il-bollino-del-progetto/320135/.

(*Francesca Pellicanò, Rosaria Petti*)

Il settore delle comunicazioni elettroniche

Il rapido sviluppo dell'economia digitale, di dimensione globale, fa sì che le tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni non costituiscano più un settore a sé stante, bensì il fondamento di tutti i sistemi economici innovativi moderni. Adattare la struttura delle norme alla nuova realtà del mercato, in cui la fornitura di servizi di comunicazione o di contenuti non è più necessariamente abbinata alla fornitura di una rete o di servizi audiovisivi, appare quanto mai necessario. In tal senso, è intervenuto il legislatore europeo, che già da tempo ha contribuito, in maniera rilevante, all'instaurarsi di una maggiore concorrenzialità nel funzionamento dei mercati, con effetti sui prezzi e miglioramento della qualità dei servizi a beneficio di consumatori e imprese. Ciononostante, è nell'anno in corso che saranno adottate le principali innovazioni a livello normativo. Quest'anno le direttive da recepire nell'ordinamento italiano nelle materie di interesse dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono, non solo numerose, ma rappresentano un cambiamento "epocale" e molto atteso della disciplina di rango primario che attiene a molte componenti del mercato unico digitale.

Il ruolo di AGCOM sembra allora potersi estendere, non solo ricomprendendo soggetti diversi da quelli tradizionalmente operanti nei settori di competenza, ma anche verso nuovi confini regolamentari, ispirati da quell'esigenza, sempre incessante, di garantire il principio del c.d. level-playing field, *ciò soprattutto per quanto concerne i servizi di media audiovisivi. Con riguardo, invece, alle comunicazioni elettroniche, accanto ai tipici obiettivi di promozione della concorrenza, del mercato interno e della tutela del consumatore, si aggiunge quello della diffusione della connettività di elevata qualità e quindi della promozione degli investimenti. Pure in tale settore, però, si pone l'esigenza di ampliare concretamente il novero dei destinatari, ricomprendendo nei servizi di comunicazione elettronica, anche* player *che forniscono servizi* online, *sostituti stretti dei tradizionali servizi di comunicazione interpersonale.*

SOMMARIO: 1. Lo scenario di riferimento e il *framework* normativo nel settore delle comunicazioni. – 2. Le piattaforme *online* e il necessario ripensamento degli strumenti regolatori. – 3. "Plasmare il futuro digitale" o rassegnarsi a rincorrerlo. – 4. Potenzialità e limiti delle norme nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 5. Il ruolo degli *stakeholder* nel settore delle comunicazioni.

1. LO SCENARIO DI RIFERIMENTO E IL *FRAMEWORK* NORMATIVO NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI

(Rosaria Petti)

Quest'anno, il settore delle comunicazioni elettroniche si trova nel singolare momento di vedere in procinto di recepimento le direttive afferenti pressoché a ogni angolazione del perimetro regolamentato nelle materie di interesse dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Le direttive da recepire nell'ordinamento italiano sono numerose e molto attese, in quanto pongono le basi per realizzare quel tanto auspicato cambiamento della disciplina di rango primario attinente a molte componenti del mercato unico digitale.

Nel settore dei media audiovisivi, il *refit* della Direttiva SMAV, realizzato mediante la Direttiva 2018/1808/UE, recante modifica della Direttiva 2010/13/UE (relativa al coordinamento delle norme concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi), sembra ancora lontano da un recepimento pieno ed effettivo, nonostante il termine per il recepimento (19 settembre 2020), sia già trascorso. L'Osservatorio Europeo dell'Audiovisivo, in uno studio comparato, indica un netto ritardo in quasi tutti i Paesi europei; in fase più avanzata si collocano solo Danimarca e Ungheria. Va tenuto anche conto del fatto che, indubbiamente, la pausa alle attività "ordinarie" imposta dal Covid-19 ha giocato un ruolo importante in questo ritardo.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, oltre al Regolamento 2018/1971/UE che modifica la disciplina dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), rilevante sarà il recepimento della Direttiva 2018/1972/UE che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche e che presenta anch'essa termini ormai stringenti, essendone previsto il recepimento entro il 21 dicembre 2020.

Significativo sarà anche l'impatto della Direttiva 2019/789/UE, che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni *online* degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici e che modifica la Direttiva 93/83/CEE del Consiglio (c.d. Direttiva SATCAB), i cui termini scadono il 7 giugno 2021.

2. LE PIATTAFORME *ONLINE* E IL NECESSARIO RIPENSAMENTO DEGLI STRUMENTI REGOLATORI

(*Francesca Pellicanò* [92])

La pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze sulle nostre vite e sull'economia globale testimoniano con rinnovato vigore, se ce ne fosse bisogno, l'importanza della digitalizzazione nei vari settori dell'economia e della società. Le nuove tecnologie hanno aiutato tutti noi, durante il *lockdown*, a mantenere i contatti con i nostri cari, a lavorare dalle nostre case, a supportare la didattica a distanza per i nostri figli e sono state determinanti per mantenere operativi i servizi pubblici e le imprese. Inoltre, daranno sicuramente anche un fondamentale contributo alla ripresa economica e al raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal* europeo (Comunicazione della Commissione COM(2019) 640 final).

Sono oltre 10.000, secondo la Commissione europea, le piattaforme che operano nell'economia digitale europea, molte delle quali PMI, pur essendo la maggior parte del mercato dominata da un ridotto numero di *provider*.

Alcuni di questi "oligarchi del *web*" esercitano un controllo totale su interi ecosistemi di piattaforme, in modo incontrastabile da altri operatori, indipendentemente da quanti innovativi o efficienti possano essere i servizi da questi ultimi offerti.

Inoltre, dal punto di vista dell'utente, incidono i fenomeni devianti del *web* (*hate speech*, incitazione al terrorismo, cyberbullismo, disinformazione e *fake news*, solo per citarne alcuni). Fenomeni la cui propagazione è incontrollabile, velocissima e virale con ripercussioni anche gravi, quando invece per definizione, non è (non può essere) rapido e incisivo lo sviluppo degli strumenti legali per fronteggiarli.

A questo sviluppo e della diffusione delle piattaforme digitali, sempre più pervasive nelle nostre vite personali e professionali, fa da contraltare un quadro normativo datato e inadeguato, immutato da oltre 20 anni, di questi tempi un'era geologica. Infatti, il *corpus* normativo tradizionale non si presta a essere integramente trasfuso e adattato alle nuove esigenze della società, anche per il vincolo territoriale: manca un quadro normativo comune, trasversale e transnazionale, come è, invece, per sua stessa natura, la rete internet. Si pone quindi, pressante,

92 Le opinioni espresse sono unicamente personali e non impegnano in alcun modo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

l'esigenza di dotarsi di strumenti che consentano un intervento efficace, sufficientemente celere e soprattutto bilanciato, che tenga in adeguata considerazione i molteplici interessi in gioco.

Al momento, il quadro normativo è rappresentato, da 20 anni esatti, dalla Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CEE, che prevede, si potrebbe dire semplificando, un generale regime di assenza di responsabilità in favore dei prestatori di servizi della società dell'informazione, prevedendo condizioni al verificarsi delle quali questi non sono responsabili del contenuto delle informazioni trasmesse o memorizzate. Occorre dotarsi (sia i consumatori/utenti sia i regolatori) di strumenti nuovi che possano effettivamente calarsi nella realtà attuale e non in quella dell'internet del 2000, in cui i ruoli dei prestatori di servizi erano "a compartimenti stagni" e genericamente svincolati dal contenuto ospitato. Il principio della limitazione della responsabilità ivi contenuto è orami chiaro, ha disincentivato i *providers*, dall'adozione di misure che intervengano contro contenuti nocivi o illegali da questi diffusi od ospitati.

Dopo l'anticipazione nelle Linee guida della Presidente Ursula von der Leyen, in cui si affermava che "*A new Digital Services Act will upgrade our liability and safety rules for digital platforms, services and products, and complete our Digital Single Market*", la Commissione europea, nella sua comunicazione "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" del febbraio 2020, ha espresso la volontà di adottare un *Digital Services Act* (di seguito anche DSA) con lo scopo di introdurre regole nuove e adeguate al mercato interno dei servizi digitali, aumentando e armonizzando le responsabilità delle piattaforme *online* e dei prestatori di servizi di informazione e rafforzando la sorveglianza sulle *policy* dei contenuti delle piattaforme nell'UE. Si è recentemente conclusa (l'8 settembre), la consultazione pubblica su tale tema, per approfondire il punto di vista degli *stakeholder* sui vari aspetti su cui il DSA andrà a incidere, in particolare sulla Direttiva *e-commerce* che, immutata, come ricordato, dal 2000, costituisce ancora la spina dorsale del sistema di (non) *liability* dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

In questo contesto, un primo passo è costituito dall'entrata in vigore, il 12 luglio 2020, del Regolamento Platform-to-Business (UE) 2019/11501, che costituisce un primo strumento per stabilire un equo e trasparente *business environment* nei servizi di intermediazione *online*, e crea uno standard orizzontale in termini di trasparenza e di sistemi di reclamo e ricorso (*complaint and redress*) per gli operatori, soprattutto PMI, che utilizzino i servizi offerti dalle piattaforme. Orizzontale, sottolineiamo, non più verticale: la matrice scricchiola e piano si sgretola.

Certamente, questo non è sufficiente e il ritardo in cui versiamo va colmato al più presto, dal punto di vista non solo della competitività del mercato unico digitale rispetto ai giganti americani o est-asiatici, ma anche degli strumenti di tutela dei consumatori e degli utenti.

Sono necessari accordi di *governance* volti ad introdurre strumenti e metodi di regolazione delle piattaforme digitali, che includano una responsabilizzazione delle piattaforme con una regolamentazione *ex ante*, introducendo principi e strumenti simili a quelli già in vigore nei sistemi regolamentari rappresentati dalle recenti direttive sul *copyright* e sui servizi di media audiovisivi. Di quest'ultima Direttiva, come sopra accennato, il termine per il recepimento da parte degli Stati membri è scaduto il 19 settembre 2020, mentre, nel momento in cui si scrive, sono ancora in corso i lavori per la legge di delegazione europea, contenente la delega al Governo unitamente ai criteri per adottare i necessari decreti legislativi di recepimento per tutte le direttive rilevanti nel settore.

3. "PLASMARE IL FUTURO DIGITALE" O RASSEGNARSI A RINCORRERLO

(Francesca Pellicanò)

La locuzione di "plasmare il futuro digitale" sembra eccessivamente ottimistica per un intervento atteso da due decenni e tenendo conto che la Direttiva *e-commerce* resterà presumibilmente immutata, ma le intenzioni

rimangono comunque apprezzabili e ci si augura che i recepimenti delle iniziative legislative già adottate e l'elaborazione di nuovi atti normativi vadano in una direzione che consenta di colmare il divario e dotare gli Stati membri di strumenti efficaci e elastici in modo da adeguarsi al *digital environment*.

I nuovi attori economici hanno strutture organizzative, economiche e di *policy* tali da richiedere un ripensamento e un'adeguata riforma dei modelli teorici di regolamentazione classica. Il passaggio dall'atomo al bit, dall'ambiente "fisico" a quello virtuale, richiede un riadattamento delle tradizionali funzioni regolatorie dei mercati tradizionali.

Il quadro legislativo che si auspica e si ritiene necessario a tale scopo dovrà essere condiviso e armonizzato e offrire strumenti innovativi per creare una cornice normativa *ex ante*, da declinare poi in concreto, con una risposta regolatoria che corra alla velocità della diffusione *online* di contenuti nocivi, a beneficio della concorrenza, delle imprese, dei consumatori e, più in generale, per la collettività. Un primo tema, non marginale, concerne ad esempio, la condivisione di dati da parte delle piattaforme e l'asimmetria informativa fra piattaforme e autorità. La difficoltà di acquisizione di informazioni, necessaria per qualunque esercizio di poteri da parte del regolatore, da interventi regolatori generali a monitoraggi su specifiche questioni, risente della localizzazione geografica di questi soggetti, che va oltre il tedioso fenomeno dell'"*home shopping*", ovvero la scelta della sede geografica sulla base del quadro normativo nazionale più conveniente e meno incisivo.

Un contributo a tale differenziazione può anche, in taluni settori come i servizi di media audiovisivi, individuarsi a monte, in ragione del principio del paese di origine, che costituisce "la spina dorsale" dell'impianto della Direttiva, e in ragione dell'armonizzazione minima da questa adottata. Se, certamente, non è ragionevole pretendere che un fornitore di servizi di media che offre i propri servizi transfrontalieri, per poter operare in più paesi, debba adeguarsi pedissequamente alle normative di tutti, tuttavia non appare neanche ragionevole si mantengano livelli estremamente differenziati tra uno Stato membro e l'altro.

Una maggiore armonizzazione diviene cruciale nel momento in cui si vadano a regolare le piattaforme *online*, che per definizione, offrono servizi accessibili globalmente (salvo, ovviamente, eventuali casi di *geo-blocking*, che costituiscono l'eccezione).

La presenza di un'organica cornice normativa, che stabilisca principi generali, doveri delle piattaforme e attribuisca ai regolatori i poteri necessari per svolgere le necessarie attività di regolamentazione, *enforcement* e le prodromiche attività di monitoraggio, a prescindere dalla localizzazione geografica delle sedi e delle funzioni aziendali delle piattaforme, contribuisce a rendere più trasparente e responsabilizzata l'attività e assicura il corretto funzionamento dei mercati, la tutela della concorrenza, dei consumatori, della società civile.

Una simile impostazione può offrire una serie di vantaggi tra cui: lo sviluppo di una visione olistica per la futura regolamentazione dei contenuti multimediali su tutte le piattaforme e i servizi legati ai contenuti; una coerente applicazione dei princìpi, delle politiche e degli strumenti di dei contenuti in tutti i settori regolati; maggiore chiarezza e affidabilità per gli utenti e gli operatori.

Occorre, tuttavia, ribadire come i soli strumenti di *enforcement* non siano certamente idonei, da soli, a fronteggiare i fenomeni devianti che si verificano sulle piattaforme *online*: occorre infatti un cambiamento culturale, che può essere perseguito con un forte investimento nella alfabetizzazione mediatica e digitale (*media e digital literacy*), fornendo ai cittadini/utenti gli strumenti per informarsi, riflettere sui contenuti e analizzarli criticamente, potendo quindi formare compiutamente e correttamente la propria opinione.

È, questa, una funzione cui le associazioni di consumatori potrebbero contribuire in modo efficace, che potrebbero perseguire tale obiettivo in un duplice modo: proponendosi quali "segnalanti qualificati", che forniscono segnalazioni affidabili alle piattaforme in caso di violazione, intervento con via preferenziale (*fast track)***, e promuovono iniziative di educazione e alfabetizzazione mediatica e digitale del pubblico, per fornire agli utenti un più robusto senso critico e analitico nei confronti dei contenuti *online*.

4. POTENZIALITÀ E LIMITI DELLE NORME NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

(Rosaria Petti)

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, le iniziative legislative europee del 2018 (il Regolamento 2018/1971/UE che modifica la disciplina dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, c.d. BEREC; e la Direttiva 2018/1972/UE, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche) si collocano nell'ambito di un ambizioso pacchetto di misure volte a trasformare l'Unione in una "società dei Gigabit" (c.d. pacchetto connettività), che comprende anche il piano d'azione per il 5G e un regolamento sulla promozione dell'offerta di connettività *wifi* gratuita nelle comunità locali.

Alla riforma nel settore delle comunicazioni elettroniche va sicuramente riconosciuto il pregio di voler ricondurre a unità la disciplina di settore. La revisione del quadro normativo ha offerto l'occasione per rifondere le quattro direttive del 2002 e semplificarne la struttura, ora più coerente e accessibile, anche per la verifica dell'adeguatezza della regolamentazione. Un approccio di "sistema" che, di fatto, costituisce una conferma, a posteriori, della bontà della scelta del legislatore italiano, di dar vita, sin dalle origini, a un Codice unitario, nativamente in grado di seguire l'evoluzione di settori che proprio dall'estrema dinamicità appaiono contraddistinti.

Pur esprimendo apprezzamento per la riforma delineata, sussistono, tuttavia, alcune perplessità.

Il nuovo Codice lascia ampia discrezionalità agli Stati membri nell'allocazione delle competenze settoriali. Una circostanza da valutare con attenzione al fine di evitare, in sede di trasposizione, inevitabili rischi di frammentazione delle prerogative delle Autorità amministrative indipendenti, potenzialmente dannosi ai fini del consolidamento del mercato interno. Certo, deve comunque segnalarsi come, in materia di tutela degli utenti finali, viene confermato l'approccio cosiddetto di "armonizzazione massima", promosso dalla Commissione con l'obiettivo di ridurre significativamente le divergenze nell'attuazione delle norme europee e la conseguente frammentazione normativa tra Stati membri, cui si deve l'emergere di barriere all'ingresso nel mercato interno.

Ciononostante, in questo ambito, la nuova Direttiva attua (e confina) l'estensione degli obblighi del Codice al mondo dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica *online*, ossia agli operatori *number-independent*. Tale estensione è, però, attuata in maniera graduata (nonché frammentaria). Gli operatori *number-independent* (i.e. fornitori *online* dei servizi di comunicazione elettronica) sono assoggettati alle norme di tutela settoriale degli utenti, solo laddove il rispettivo modello di *business* li ponga sul medesimo piano dei fornitori tradizionali.

Infatti, se per un verso il nuovo Codice estende ai fornitori *online* di servizi di comunicazione elettronica, almeno in termini potenziali, la portata di alcune norme e le relative garanzie per gli utenti, per altro verso condiziona l'applicazione, subordinata ad un'analisi di sostituibilità tra servizi. Gli obblighi sono infatti articolati in base alle caratteristiche specifiche dei servizi offerti e alla loro sostanziale assimilabilità ai tradizionali servizi di comunicazione elettronica. Pertanto, l'applicazione della normativa richiederà certamente una valutazione caso per caso del servizio in esame, per consentire di valutarne lo specifico regime regolamentare applicabile, con prevedibili divergenze interpretative e possibili contenziosi.

Pertanto, pur apprezzando l'approccio seguito al livello europeo, tale da assegnare all'Autorità una funzione sempre più estesa all'interno del settore dei servizi digitali (derivante appunto dall'ampliamento della nozione di "servizi di comunicazione elettronica", ricomprendente anche quelle attività svolte dai *player* che forniscono *online* servizi sostituti stretti dei tradizionali servizi di comunicazione interpersonale), restano ancora interrogativi circa l'adeguatezza della nuova disciplina regolamentare al vigente contesto di mercato, per garantire un'equa competizione tra soggetti tradizionali e nuovi soggetti (i c.d. *Over the Top*) nei mercati convergenti della società digitale, e promuovere un approccio coordinato alla disciplina dei servizi. In tal senso, in aggiunta al precedente rilievo in materia di tutela dell'utenza, si pensi, ad esempio, che i fornitori *online* di servizi di comunicazione elet-

tronica non risultano assoggettati al regime dell'autorizzazione generale, così sfuggendo ai conseguenti obblighi del Codice.

Certo, l'*imprinting* europeo manifesta la consapevolezza circa il ruolo dei nuovi attori del mercato, ma, almeno a prima vista, non appare sufficiente a realizzare una vera e propria "parità di regole" tra operatori tradizionali e operatori *online*.

Sicuramente meritevoli sono invece i nuovi obblighi di trasparenza in relazione alle condizioni, ai prezzi e alla qualità dei servizi di comunicazione elettronica e il diritto degli utenti finali di accedere gratuitamente ad almeno uno strumento di confronto dei diversi servizi offerti; nonché le disposizioni che facilitano il passaggio da un operatore all'altro ed evitano effetti di *lock-in*, come le regole sulla durata massima (due anni) e la risoluzione dei contratti, il cui ambito di applicazione viene esteso anche ai pacchetti di servizi.

5. IL RUOLO DEGLI *STAKEHOLDER* NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI

(Rosaria Petti)

Il passaggio r-evolutivo cui stiamo assistendo, all'interno del quale il processo di convergenza tra tecniche comunicative, strumenti informatici e c.d. multimedialità è ormai delineato, ha un inevitabile impatto su ritmi e modalità di funzionamento della vita e dell'organizzazione sociale.

Appare quindi utile ripensare al quadro di tutele. Norme che offrono garanzie sempre più precise e vaste dei diritti del consumatore tracciano un processo a favore anche dello sviluppo economico. Il grado di difesa del consumatore diviene un buon indicatore, non solo del suo benessere, ma anche di quello del Paese nella sua complessità. Non basta allora garantire concorrenza tra gli operatori di mercato: questa è condizione necessaria, ma non sufficiente. Ed è in tal senso che restano ancora migliorabili alcuni approcci, quali l'estensione al settore dei servizi media audiovisivi delle misure, già consolidate nel settore delle comunicazioni elettroniche, a tutela dei consumatori nei confronti dei fornitori dei servizi di media audiovisivi. Un settore, quello dei servizi media audiovisivi, che sconta ancora l'assenza di adeguate procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, che negli anni hanno, invece, consentito di deflazionare il contenzioso giudiziale in materia di comunicazioni elettroniche.

In conclusione, sebbene le scelte compiute dal legislatore europeo seguano una direzione ben chiara verso l'unificazione delle discipline, mediante una complessa opera di riordino, semplificazione e revisione organica delle disposizioni attualmente vigenti, resta ancora l'*imprinting* di una normazione per settori, con i conseguenti limiti, ancora più evidenti in considerazione della trasversalità del mercato digitale.

(*Andrea Carrisi, Silvia Digregorio*)

Le piattaforme e la transizione digitale del sistema bancario

Gli strumenti tecnologici e la loro concreta applicazione nel settore bancario tornano a stimolare riflessioni sul rapporto tra dinamiche economiche e approccio regolatorio. La prassi disciplinare iper-dettagliata e non di principio che ha caratterizzato gli ultimi anni pone problemi di adeguamento rispetto all'affermazione di fenomeni nuovi e non inquadrabili in cornici consolidate. La frammentazione del sistema normativo bancario emerge con chiarezza con riguardo alle piattaforme di crowdfunding *e, in particolare, a quelle di* lending crowdfunding.

Questa forma di innovazione – insieme a indubbi benefici in termini di inclusione finanziaria, diversificazione dei canali di accesso al credito e sviluppo del mercato dei capitali – reca con sé anche significativi rischi per quanto riguarda la stabilità finanziaria, l'allocazione efficiente delle risorse, la protezione dei finanziatori.

Le risposte dei legislatori nazionali non sono state univoche né armonizzate e il regime applicabile ai gestori di piattaforme va identificato alla luce del quadro normativo vigente nello Stato di destinazione. In Italia l'attività di lending crowdfunding *non è specificamente disciplinata e la Banca d'Italia, nel novembre del 2016, ha pubblicato "*Disposizioni in materia di raccolta del risparmio da parte dei soggetti diversi dalle banche*" in cui forniva indicazioni minime per i gestori di piattaforme. Ai fini del superamento della citata frammentazione, l'Unione europea ha di recente adottato un regolamento sui fornitori di servizi di* crowdfunding *europei che detta una disciplina dell'attività e prova a definire meccanismi di tutela degli investitori.*

La confusione normativa rispetto all'intero panorama del crowdfunding *(dall'*equity *al* lending*) rappresenta anche un ostacolo ad una efficace tutela nei confronti dei clienti-investitori, in particolare nell'ambito dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (ABF e ACF), ove si pongono problemi di delimitazione dei rispettivi ambiti di competenza. Di contro la funzione conformativa dei collegi arbitrali rispetto ai comportamenti degli operatori del mercato può rappresentare un motore di sviluppo delle nuove forme di accesso al credito e di finanziamento. In questo senso l'introduzione di una* class action *in arbitrato potrebbe amplificare i positivi effetti conformativi e dare centralità alle associazioni dei consumatori.*

SOMMARIO: 1. Finanziamento, accesso al credito e piattaforme. – 2. Rischiosità delle nuove piattaforme di *lending crowdfunding* e primi tentativi di regolamentazione. – 3. Profili evolutivi della regolamentazione: la proposta di regolamento UE relativo ai fornitori di servizi di *crowdfunding*. – 4. La possibile centralità delle ADR: rispettivi perimetri di competenza e introduzione della *class action* in arbitrato

1. FINANZIAMENTO, ACCESSO AL CREDITO E PIATTAFORME

(Andrea Carrisi)

L'applicazione della tecnologia nel settore bancario sembra costituire una delle tante evoluzioni cui si assiste nel rapporto tra diritto ed economia, i cui termini sono, oggi più che mai, reciprocamente inscindibili nella de-

terminazione del proprio contenuto, non potendo relegarsi il diritto esclusivamente al momento qualificatorio delle vicende dell'economia; in altri termini, il diritto nella sua relazione con l'economia deve rivestire un ruolo co-primario, sorreggere la struttura delle diverse fattispecie, partecipando al loro momento edificatorio[93].

La rapidità con cui avvengono le mutazioni nelle dinamiche economiche, al contrario, pare obbligare oggi ad una sfiancante rincorsa i regolatori che si limitano a prendere atto di fenomeni che si affermano nel vuoto normativo. Il presupposto di questa dinamica (che si trasforma, poi, in risultato) è rappresentato da un approccio regolatorio che intende disciplinare con minuzioso dettaglio ogni aspetto dei fenomeni economici e che inevitabilmente conduce a una ipertrofia normativa, che ingessa alcune fattispecie e ne libera altre in un vuoto disciplinare, alle volte favorendole nel loro sviluppo e ponendosi allo stesso tempo come foriere di pericoli per la stabilità finanziaria e per la tutela dei consumatori/clienti, altre volte rimettendo agli stessi operatori problematiche in tema di *compliance*.

Nell'odierno mondo creditizio un punto d'osservazione delle suddette relazioni tra fenomeni di nuovo conio e approccio regolatorio è costituito dalle piattaforme di *crowdfunding*.

Tra le forme di "finanziamento collettivo" il legislatore italiano nel 2012, con il D.L. n. 179/2012 ha disciplinato l'*equity based crowdfunding*, modalità di raccolta di capitale di rischio per *start-up* e PMI innovative effettuata a mezzo di portali *online* gestiti da intermediari tradizionali autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento o da nuovi intermediari specializzati. La disciplina, poi completata dal Regolamento Consob n. 18592/2013 e dalla delibera Consob n. 20204/2017 che ha esteso a tutte le PMI la possibilità di ricorrere al *crowdfunding*, è destinata a mutare ancora, avendo la Commissione Europea presentato una proposta di regolamento[94], approvata in seconda lettura da parte del Parlamento. Il egolamento è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il 20 ottobre 2020, con applicazione prevista ad un anno dalla sua pubblicazione.

Ad oggi, nel nostro ordinamento vi è anche una forma non disciplinata, il *lending-based crowdfunding* (anche detto *social lending).* Esso è definito dall'*European Banking Authority* (EBA) come una richiesta al pubblico di finanziamenti, attraverso piattaforme *online*, da parte di soggetti che necessitano fondi per sviluppare progetti o per scopi personali. Quest'ultima tipologia di *crowdfunding* si differenzia dalle altre forme in quanto i finanziatori sottoscrivono (direttamente o indirettamente) un contratto di debito, con il quale forniscono ai finanziati una somma in denaro e questi ultimi si impegnano a restituire il capitale (maggiorato da un tasso d'interesse) in un dato lasso temporale. Una forma non regolamentata, sebbene l'EBA, in qualità di autorità di vigilanza *ratione materiae,* abbia incasellato[95] l'attività di gestione delle piattaforme di *lending based crowdfunding* nel quadro degli istituti e servizi di pagamento di cui alla Direttiva 2007/64/CE, poi abrogata e sostanzialmente sostituita dalla Direttiva 2015/2366/UE (cd. PSD2).

In ogni caso, il Regolamento adottato in tema di *crowdfunding* evidenzia ancora una volta l'approccio iper-dettagliato: si tratta, infatti, di un intervento relativo ai "fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese", che sottrae dal campo di applicazione le forme dedicate a finanziamenti per progetti e scopi personali, ossia la forma del *lending based crowdfunding.* Esso, infatti, "non si applica ai servizi forniti a titolari di progetti che sono consumatori quali definiti all'articolo 3, lettera a), della Direttiva 2008/48/CE", così escludendo i prestiti al consumo sulla considerazione che essi non rappresentano un'attività di prestito alle imprese e che rientrano parzialmente nell'ambito di applicazione di normative UE già esistenti, come nel caso di un consumatore che riceve un prestito per consumo personale e opera al di fuori del suo ruolo professionale, e nel caso di un consumatore che riceve un prestito per l'acquisto di un bene immobile; per il primo caso, difatti, "l'attività rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva sul credito al consumo", mentre per il secondo "l'attività rientra nell'ambito della Direttiva sul credito ipotecario".

93 In questo senso, P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 279 ss.

94 Si tratta della proposta di regolamento rilasciata in data 8 marzo 2018 dalla Commissione europea per l'introduzione di *"European Crowdfunding Service Providers for Business"*, sulla quale si veda E. Macchiavello, *La proposta della Commissione Europea di un Regolamento in materia di crowdfunding*, in *www.dirittobancario.it*., 12.03.2018.

95 Con la *"Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding"*, 26 febbraio 2015, con una interpretazione poi confermata da Banca d'Italia con il provvedimento n. 584/2016 *"Disposizioni in materia di raccolta del risparmio da parte dei soggetti diversi dalle banche"*, che nella sezione IX ("Social lending") chiarisce che non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico l'attività dei gestori che si esplica nella "ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento dai gestori medesimi" se i suddetti gestori sono autorizzati a operare come istituti di pagamento.

Non solo. Con il Regolamento in questione la via tracciata sembra quella di creare un regime che si affianca alla normativa europea esistente, rispetto al quale le piattaforme possono decidere di aderire (*opt-in*) qualora intendano operare *cross-border*, mentre le piattaforme operative soltanto a livello nazionale restano soggette ai regimi previsti dagli stati membri.
La frammentazione evidenziata sembra impedire la costruzione di quel contesto normativo appropriato che il Parlamento europeo si auspicava nel 2015, con la risoluzione "*Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*", ove affermava che la suddetta appropriatezza dovesse promuovere, tra le altre, "la crescita di modelli di finanziamento non bancario, tra cui il finanziamento collettivo e il prestito *peer-to-peer*".
Nel vuoto disciplinare riguardante il *lending based crowdfunding,* la Banca d'Italia ha emanato "*Disposizioni in materia di raccolta del risparmio da parte dei soggetti diversi dalle banche*", definendo per la prima volta il *social lending*[96]. Così l'Autorità ha indicato le modalità che permettono alle piattaforme lo svolgimento dell'attività di *lending crowdfunding* senza violare la disciplina della riserva di attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, come nel caso di acquisizione di fondi effettuata sulla base di trattative personalizzate con i singoli finanziatori[97], e chiaramente "l'acquisizione di fondi presso soggetti sottoposti a vigilanza prudenziale, operanti nei settori bancario, finanziario, mobiliare, assicurativo e previdenziale".

2. RISCHIOSITÀ DELLE NUOVE PIATTAFORME DI *LENDING CROWDFUNDING* E PRIMI TENTATIVI DI REGOLAMENTAZIONE

(Silvia Digregorio)

Questa forma di innovazione finanziaria non è esente da rischi per quanto riguarda la stabilità finanziaria, l'allocazione efficiente delle risorse, la protezione dei finanziatori[98]. Nel modello originario, infatti le piattaforme – che svolgono la mera funzione di intermediazione – non garantiscono la restituzione del denaro prestato, non richiedono garanzie ai prenditori e declinano ogni responsabilità circa la veridicità delle informazioni pubblicate dai singoli richiedenti[99].

Il primo rischio che si palesa è che non vengano corrisposti gli interessi pattuiti e che non venga rimborsato il capitale concesso in prestito, anche in ragione di richieste fraudolente. Le piattaforme, infatti, non assumendo rischio di credito, potrebbero non avere i giusti incentivi a selezionare in modo accurato i debitori. Si consideri inoltre, che le piattaforme traggono la maggior parte dei loro ricavi dalle commissioni ottenute al momento della concessione dei finanziamenti e basano la loro operatività su una tecnologia caratterizzata da elevate economie di scala, oltre al fatto che i modelli di *rating* utilizzati dalle piattaforme non sono validati dalle Autorità di Vigilanza né sono generalmente collaudati per un periodo di tempo adeguato, quindi potrebbero sottostimare il rischio di credito dei debitori[100]. Taluni evidenziano anche esigenze di protezione per richiedenti, i quali potrebbero essere oggetto di discriminazioni o abusi, in assenza della tutela derivante dai presidi normativi, applicabili solo in caso di prestiti erogati da operatori professionali[101]. Su tutti gli utenti grava, inoltre, il rischio informatico.

96 Sul *social lending* M. Bofondi, *Il* lending based crowdfunding*: opportunità e rischi*, in *Questioni di Economia e finanza di Banca d'Italia*, 2017; G. Biferali, *Il* Social lending*. Problemi di regolamentazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, IV, 2017; E. Macchiavello, *La problematica regolazione del* lending-based crowdfunding *in Italia*, in *Banca, Borsa e Tit. Cred.,* 2018; Id, Peer to peer lending *ed informazione: la tutela dell'utente on line tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario,* 2015; Id, *Peer to peer lending and the "democretization" of credit markets: another financial innovation puzzling regulators*, in *Columbia Journal of European Law*, 21, 2015; Id, *Una nuova frontiere del settore finanziario solidale: microfinanza e* peer to peer lending, in *Banca impresa società*, 2, 2013; V. Manzi, *Il fenomeno del* crowdfunding *e del* social lending*: caratteristiche operative e profili contrattuali*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, 2013.
97 Al riguardo, si specifica che, avute presenti le modalità operative tipiche delle piattaforme di *social lending*, "le trattative possono essere considerate personalizzate allorché i prenditori e i finanziatori sono in grado di incidere con la propria volontà sulla determinazione delle clausole del contratto tra loro stipulato e il gestore del portale si limita a svolgere un'attività di supporto allo svolgimento delle trattative precedenti alla formazione del contratto", chiarendo inoltre che "Per non incorrere nell'esercizio abusivo della raccolta del risparmio, i prenditori si avvalgono esclusivamente di piattaforme che assicurano il carattere personalizzato delle trattative e sono in grado di dimostrare il rispetto di tale condizione anche attraverso un'adeguata informativa pubblica".
98 M. Bofondi, *Il* lending based crowdfunding*: opportunità e rischi*, cit.
99 E. Macchiavello, *La problematica regolazione del* lending-based crowdfunding *in Italia*, cit.
100 M. Bofondi, *Il* lending based crowdfunding*: opportunità e rischi,* cit., 17-18.
101 E. Macchiavello, *La problematica regolazione del* lending-based crowdfunding *in Italia*, cit.

A livello di sistema, invece, sussistono rischi di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo, restando relativamente contenuto, invece, il rischio sistemico.

Uno sviluppo sostenibile del settore potrebbe beneficiare di una regolamentazione specifica che consenta alle piattaforme di operare all'interno di un quadro normativo definito, contenendo i principali rischi, senza creare eccessive barriere all'ingresso[102].
L'espansione del settore e la varietà delle iniziative imprenditoriali realizzate hanno imposto ad alcuni regolatori di confrontarsi con queste nuove attività, delineando i confini entro cui sono consentite. Di fatto, le Autorità sono state chiamate a confrontarsi con questioni nuove, ma correlate alle tradizionali tematiche di tutela dei soggetti coinvolti e di contenimento del rischio sistemico. Le risposte date si sono scontrate con le difficoltà derivanti dall'applicare vecchie categorie giuridiche a realtà nate da una sempre più rapida innovazione tecnologica[103].

A fronte della transnazionalità del fenomeno, ulteriori difficoltà sono derivate dall'assenza, a livello europeo, di una disciplina armonizzata sul *lending crowdfunding*. Il regime applicabile ai gestori di piattaforme che intendono operare su base transfrontaliera va infatti identificato alla luce del quadro normativo vigente nello Stato di destinazione. Lo stesso Consiglio ha riconosciuto che le forti differenze tra normative nazionali esistenti sono tali da ostacolare la prestazione transfrontaliera di servizi di *crowdfunding* e incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno in tale settore. Un quadro giuridico frammentato a livello dell'Unione crea costi di conformità per gli investitori, per i quali la ricognizione delle normative applicabili comporta costi e difficoltà sproporzionati, tali da disincentivare investimenti della specie a livello transfrontaliero. Il Consiglio individua in ciò la ragione per cui le attività di *crowdfunding* sono rimaste perlopiù nazionali, così privando le imprese di Paesi meno popolosi dell'accesso a una possibile fonte di finanziamento e a scapito di un mercato a livello di Unione[104].

In Italia l'attività di *lending crowdfunding* non è disciplinata in sé. La Banca d'Italia, nel novembre del 2016, ha pubblicato "*Disposizioni in materia di raccolta del risparmio da parte dei soggetti diversi dalle banche*", ribadendo che l'operatività dei gestori dei portali *online* che svolgono attività di *lending crowdfunding* e di coloro che prestano o raccolgono fondi tramite i suddetti portali è consentita nel rispetto delle norme che regolano le attività riservate dalla legge a particolari categorie di soggetti[105]. Fermo il divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico, si consente ai gestori – proprio in quanto non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico – la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento dai gestori medesimi, se autorizzati a operare come istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica o intermediari finanziari di cui all'art. 106 del TUB autorizzati a prestare servizi di pagamento ai sensi dell'art. 114-*novies*, comma 4, del TUB o la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica effettuata dai gestori a tal fine autorizzati.

Per quanto riguarda invece i prenditori, per non incorrere nell'esercizio abusivo della raccolta del risparmio, devono avvalersi di piattaforme che assicurano il carattere personalizzato delle trattative, ossia che siano in grado di consentire alle parti lo svolgimento di trattative sulla determinazione delle clausole del contratto, o acquisire fondi presso soggetti vigilati del settore bancario, finanziario, mobiliare, assicurativo e previdenziale. si richiede che l'acquisizione di fondi avvenga sulla base di trattative personalizzate con i finanziatori e che le stesse possono considerarsi tali "allorché i prenditori e i finanziatori sono in grado di dimostrare il rispetto di tale condizione anche attraverso un'adeguata informativa pubblica".

La soluzione prescelta consente al gestore di piattaforme di non essere sottoposto a discipline di settore, che vincolano solo la ricezione di fondi; non vi sono specifici poteri di vigilanza nei confronti delle piattaforme, libere di non garantire le esigenze di protezione degli utenti delle piattaforme[106].

102 A. Corbò, *L'"*equity crowdfunding*" e la proposta di Regolamento per l'istituzione di un passaporto europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia,* fasc. 1S, 2020, 85-103.
103 C. Barbagallo, Fintech*: ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in *Bancaria*, 2019, n. 1; B. Russo, *Il passaporto europeo per le piattaforme di* peer to peer lending*: profili regolamentari e operatività cross border*, in *Bancaria*, fasc. 12, 2019.
104 Posizione (UE) N. 10/2020 del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, e che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la Direttiva (UE) 2019/1937, adottata dal Consiglio il 20 luglio 2020, considerando n. 6.
105 Cfr. *Disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*, Provv. della Banca d'Italia del 9 novembre 2016, Sez. IX.
106 E. Macchiavello, *La problematica regolazione del* lending-based crowdfunding *in Italia*, cit.

3. PROFILI EVOLUTIVI DELLA REGOLAMENTAZIONE: LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO UE RELATIVO AI FORNITORI DI SERVIZI DI *CROWDFUNDING*

(Silvia Digregorio)

Da quanto sin qui esposto, emerge un quadro insoddisfacente, soprattutto nei casi riguardanti piattaforme che operano a livello transfrontaliero. All'interno dell'Unione Europea, l'adozione di una regolamentazione comune, o almeno ampiamente armonizzata, potrebbe contribuire allo sviluppo dell'Unione del mercato dei capitali. La Commissione Europea nel 2017 ha avviato prime riflessioni su possibili forme di regolamentazione di *crowd* e *peer to peer finance,* lanciando una consultazione su *"FinTech: A more competitive and innovative European financial sector"*, per stimolare un dibattito sull'impatto del *Fintech* sui servizi finanziari prendendo in considerazione la prospettiva dei fornitori di servizi, ma anche dei consumatori in vista della creazione di un mercato unico di capitali più competitivo, inclusivo ed efficiente[107]. All'esito della consultazione è stato pubblicato un *Inception impact assessment* recante una *"Legislative proposal for an EU framework on crowd and peer to peer finance"*[108]. In questa valutazione d'impatto, la Commissione aveva rilevato l'esigenza di agevolare l'operatività *cross-border*, per esempio ricorrendo a un regime autorizzatorio unico, e a definire una disciplina effettiva e proporzionata di gestione dei rischi.

La Commissione ha deciso di aderire a tale ultima ipotesi e nel marzo 2018 ha presentato la proposta di regolamento sui fornitori di servizi di *crowdfunding* europei. Il testo, come detto, è stato approvato definitivamente dal Parlamento europeo in seconda lettura il 5 ottobre 2020.

La soluzione adottata è volta a definire una disciplina comune sia per il *crowdfunding* basato sul credito sia per quello basato sull'investimento. Il superamento della distinzione è positivo e prende le mosse dalla considerazione che entrambe le tipologie rappresentano delle alternative di finanziamento comparabili[109]. Tuttavia, la disciplina non regola in maniera esaustiva tutti i fenomeni del settore. L'art. 1, infatti, nel definirne il campo di applicazione specifica che la disciplina in esame non si applica ai servizi di *crowdfunding* forniti a titolari di progetti che sono consumatori (art. 1, comma 1, lett. *a)*). Il consumatore potrà dunque rivestire il ruolo di investitore, non anche quello di titolare di progetti, ossia di soggetto che persegue l'obiettivo di reperire fondi tramite una piattaforma di *crowdfunding.*

Per valutare se le nuove previsioni normative consentiranno di garantire un'adeguata tutela dei soggetti non professionali che presteranno denaro attraverso le piattaforme, è utile ripercorrere le principali disposizioni del Regolamento.

Il corrispettivo complessivo massimo non deve essere superiore a cinque milioni di euro per le offerte ai singoli progetti realizzati utilizzando le piattaforme per un periodo di dodici mesi.

Il regolamento definisce requisiti di carattere organizzativo, norme dettagliate in materia di prevenzione dei conflitti di interesse nonché requisiti prudenziali minimi[110], al soddisfacimento dei quali è subordinato il rilascio dell'autorizzazione da parte delle Autorità nazionali competenti (NCAs). I gestori delle piattaforme devono essere persone giuridiche ed essere autorizzati dall'NCA competente in presenza di tutti i requisiti previsti dal Regolamento, purché non vi siano ragioni tali da far ritenere che il gestore non possa assicurare una gestione efficace, sana e prudente, la continuità operativa nonché la cura degli interessi degli investitori (art. 12, comma 8, Regolamento). All'NCA sono attribuiti poteri di vigilanza sulle piattaforme, tra i quali la possibilità di effettuare

107 European Commission, *Fintech: a more competitive and innovative european financial sector*, consultabile al *link* https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-fintech-consultation-document_en_0.pdf.

108 L'*Inception impact assessment*, consultabile al *link* https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1166-Legislative-proposal-for-an-EU-framework-on-crowd-and-peer-to-peer-finance; sul punto cfr. A. Corbò, *L'"equity crowdfunding" e la proposta di Regolamento per l'istituzione di un passaporto europeo*, cit., 85-103.

109 Considerando n. 1 del Regolamento approvato in seconda lettura dal Parlamento europeo, in attesa di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Il testo approvato è consultabile al seguente *link*: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20201002IPR88439/final-vote-on-eu-rules-for-crowdfunding-platforms.

110 Era stata criticata la mancata previsione, nella proposta di regolamento, di requisiti prudenziali minimi. Sul punto A. Corbò, *L'"equity crowdfunding" e la proposta di Regolamento per l'istituzione di un passaporto* europeo, cit., 85-103.

ispezioni, irrogare sanzioni e revocare l'autorizzazione in caso di gravi violazioni.

Grande rilievo viene dato alla tutela degli investitori. Si definiscono dettagliati obblighi informativi da rispettare concernenti sia la piattaforma di *crowdfunding* (art. 19) sia il singolo investimento, con l'obiettivo di sensibilizzare gli investitori sui potenziali rischi[111] (art. 23) e si prevede l'obbligo di pubblicazione dei tassi di *default* dei progetti offerti sulla piattaforma (art. 20). Inoltre, per gli investitori non sofisticati è prevista – prima che venga garantito l'accesso ai progetti pubblicati sulla piattaforma – la valutazione, tramite un test iniziale, dell'appropriatezza dei servizi offerti ai potenziali investitori (art. 21) nonché, al pari della disciplina consumeristica, di un periodo entro il quale l'investitore non sofisticato può revocare l'offerta di investire.

La violazione di queste disposizioni comporta una responsabilità di carattere amministrativo. Il Regolamento ripropone l'impianto sanzionatorio introdotto con la Direttiva 2013/36/UE e già replicato da altre direttive successivamente emanate in materia bancaria e finanziaria (cfr., ad esempio, Direttiva 2014/65/UE, c.d. MiFID II; Direttiva 2014/91/UE, c.d. UCITS V; Direttiva 2015/849/UE, c.d. AMLD IV)[112].

Alla responsabilità amministrativa si accompagnerà – nel caso di violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 23 – anche una responsabilità civile qualora le informazioni fornite sull'investimento siano fuorvianti, imprecise o incomplete. Il Regolamento demanda ai legislatori nazionali l'adozione delle disposizioni in materia di responsabilità civile. La previsione era stata auspicata in sede di proposta di Regolamento quale elemento che – insieme a più incisivi poteri delle Autorità competenti – potrebbe aiutare gli investitori a mantenere la dovuta fiducia nel mercato[113].

4. LA POSSIBILE CENTRALITÀ DELLE ADR: RISPETTIVI PERIMETRI DI COMPETENZA E INTRODUZIONE DELLA *CLASS ACTION* IN ARBITRATO

(Andrea Carrisi)

La multiforme natura del *crowdfunding* impedisce un inquadramento unitario anche dal punto di vista delle attuali competenze delle ADR dei settori bancario e finanziario (l'Arbitro Bancario e Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie) e conduce a uno sdoppiamento che colloca nella competenza dell'ACF il contenzioso in tema di *equity based crowdfunding* e dell'ABF quello relativo al *lending based crowdfunding.*
Nella delibera Consob n. 19602/2016 di istituzione dell'ACF e di adozione del regolamento di attuazione, infatti, l'art. 2 include espressamente nella definizione di "intermediari" (rilevante per le controversie di propria competenza) anche "*i gestori di portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI innovative di cui all'art. 50-quinquies del TUF*", ossia i gestori di portali di *equity based crowdfunding*. A tali soggetti l'art. 3 del Regolamento impone da un lato l'adesione all'Arbitro, e dall'altro specifici obblighi finalizzati ad informare i clienti degli intermediari circa l'esistenza e le modalità di accesso al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia finanziaria.
Viceversa, in assenza di una specifica disposizione per ciò che concerne i gestori di piattaforme di *lending based crowdfunding,* l'inclusione della loro attività nell'ambito della disciplina degli istituti e servizi di pagamento[114] condurrebbe verso la competenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario ai sensi del par. 4, sez. I, delle disposizioni ABF, arbitro cui possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, con

111 P. Messina, *"Crowdfunding" e finanza alternativa*, in *Foro.it*, 2019, V, 465, sulla Proposta di Regolamento ha osservato che "richiedere un documento unico, breve e di facile utilizzo per il consumatore è un'idea naturalmente utile, ma potrebbe essere difficile nella prassi, in quanto sintetizzare un argomento strutturalmente e contenutisticamente complesso in un documento breve e facilmente comprensibile senza rischiare eccessive generalizzazioni o distorsioni non è facile".
112 Cfr. *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*, Provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012 e successive modifiche, Sez. I.
113 P. Messina, *"Crowdfunding" e finanza alternativa*, cit., 465.
114 Sebbene si tratti soltanto di una interpretazione offerta dall'EBA, peraltro non esente da critiche. Sul punto, G. Biferali, *Il Social lending. Problemi di regolamentazione*, cit., in particolare 466 ss.

esplicita esclusione delle "*controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U.*" bancario, come previsto dall'art. 23, comma 4, del TUF[115].

Considerate le numerose fattispecie concrete di *equity* e *lending based crowdfunding*, che possono porre problemi di reciproca distinguibilità[116], la loro diffusione apre le porte all'insorgenza di futuri conflitti interpretativi o di incertezze operative nella delimitazione degli ambiti di competenza di ABF e ACF, che si auspica potranno essere risolte anche grazie al recente protocollo di intesa in materia di risoluzione alternativa delle controversie sottoscritto da Banca d'Italia e Consob il 19 marzo 2020[117].

Ciò che a questo punto preme sottolineare è che una chiara ripartizione delle competenze e, correlativamente, una rapida e concreta tutela dei clienti/investitori da parte degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie – anche in una prospettiva meramente potenziale – appare come un decisivo motore di sviluppo di queste nuove forme di accesso al credito e di finanziamento. Il che è tanto più vero se si considera la funzione conformativa dei collegi arbitrali[118], ossia la capacità di conformare le condotte degli operatori a standard idonei a riconciliare gli interessi di tutti così da pacificare il mercato e ridurre il contenzioso[119].

In questo senso un espediente di potenziale amplificazione degli effetti conformativi delle condotte degli operatori potrebbe essere rappresentato dall'introduzione di una azione collettiva in arbitrato (di Banca d'Italia e di Consob) nelle forme dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo, che potrebbe prestare una propria utilità anche al di là del contenzioso in tema di *crowdfunding*.

La *class action* in arbitrato[120] potrebbe dare impulso e centralità alle associazioni dei consumatori: secondo l'ultima relazione sull'attività dell'ABF[121], soltanto il 15% dei ricorsi viene presentato senza un rappresentante, ma nel restante 85%, la quota rappresentata dalle associazioni di categoria è del 10%. Lo stesso può dirsi per l'ACF, rispetto alla quale, secondo l'ultima relazione dell'arbitro[122], il 78,8% dei ricorrenti che ha deciso di farsi assistere da un procuratore ha optato per un legale, mentre il contributo delle associazioni dei consumatori nell'assistenza ai ricorrenti si attesta all'8,2%.

Favorire l'accesso agli strumenti di giustizia alternativa ad una più ampia platea di ricorrenti potrebbe indirizzare gli operatori verso condotte desiderabili, in modo più marcato rispetto alle attuali dinamiche: alla nota conseguenza reputazionale negativa derivante dalla pubblicazione degli intermediari inadempimenti, si affiancherebbe, in caso di plurime soccombenze, la anti-economicità dei comportamenti disfunzionali.

Bibliografia

Barbagallo C., Fintech*: ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in *Bancaria*, fasc. 1, 2019

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Biferali G., *Il* Social lending*. Problemi di regolamentazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, IV, 2017

Bofondi M., *Il* lending based crowdfunding*: opportunità e rischi*, in *Questioni di Economia e finanza di Banca d'Italia*, 2017

Corbò A., *L'"*equity crowdfunding*" e la proposta di Regolamento per l'istituzione di un passaporto europeo,* in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, fasc. 1 suppl., 2020

Di Raimo R., *L'arbitro per le Controversie Finanziarie: i primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, *XV*, *Le controversie bancarie e finanziarie*, 2020

115 L'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 58/1998 esclude l'applicazione del titolo VI del TUB ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari e alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina degli articoli 25-*bis* e 25-*ter* ovvero della parte IV, titolo II, capo I.

116 Cfr. E. Macchiavello, *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*, cit., 64 ss.

117 Con il protocollo di Banca d'Italia - Consob si concretizza così quanto già previsto dal par. 4, sezione I, delle Disposizioni ABF, che prevede un protocollo d'intesa ai fini del coordinamento tra l'ABF e l'ACF; e dall'art. 4, comma 4, del Regolamento ACF, per il quale l'Arbitro promuove forme di collaborazione con gli altri organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche al fine di risolvere questioni relative alla delimitazione delle reciproche competenze. Il citato protocollo ha, infatti, la esplicitata finalità di "prevenire l'insorgenza di conflitti interpretativi o di incertezze operative nella delimitazione degli ambiti di rispettiva competenza nelle materie di interesse comune" nonché di "tutelare la clientela, orientandola nella corretta individuazione del sistema competente".

118 Profila una netta divergenza funzionale tra ABF e ACF, affermando che "la funzione dell'ACF – a differenza di quella dell'ABF – non è regolatoria e non è conformativa ma [...] strettamente di giustizia ad ausilio della funzione giurisdizionale, lenta e inefficiente", R. Di Raimo, *L'arbitro per le Controversie Finanziarie: i primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, 2020, 407 ss.; in generale sul ruolo conformativo delle ADR, M. Semeraro, *ADR e controllo conformativo dell'attività d'impresa,* in *Riv. dir. banc,* fasc. I suppl., 2020; affronta il tema dell'efficacia conformativa dei provvedimenti giustiziali mediante la c.d. *moral suasion*, C. Tabarrini, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di vigilanza*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2018.

119 Così R. Di Raimo, *L'arbitro per le Controversie Finanziarie: i primi orientamenti*, cit., 410.

120 Si pone la questione dell'arbitrabilità delle *class action* nel nostro ordinamento M. Gaboardi, *Arbitrato e azione di classe,* in *Treccani,* 2014.

121 Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - anno 2019, 8 luglio 2020, in https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html.

122 Arbitro per le Controversie Finanziarie – Relazione sull'attività svolta – anno 2019, con nota illustrativa del Presidente dell'ACF, in https://www.acf.consob.it/pubblicazioni/relazioni-annuali.

Falce V., Finocchiaro G., *La* «digital revolution» *nel settore finanziario. Una nota di metodo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, fasc. 1, 2019

Fattobene L., *Strumenti alternativi di finanziamento per le Pmi:* mini bond*,* crowdfunding *e* business lending*,* in *Bancaria*, fasc. 11, 2018

Gaboardi M., *Arbitrato e azione di classe*, in *Treccani*, 2014

Macchiavello E., FinTech*. Problematiche e spunti per una regolazione ottimale*, in *Mercato concorrenza regole*, fasc. 3, 2019

Macchiavello E., *La problematica regolazione del* lending-based crowdfunding *in Italia*, in *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, 2018

Macchiavello E., *La proposta della Commissione Europea di un Regolamento in materia di* crowdfunding, in *www.dirittobancario.it*, 12.03.2018

Macchiavello E., *Peer to peer lending and the "democretization" of credit markets: another financial innovation puzzling regulators*, in *Columbia Journal of European Law*, 21, 2015

Macchiavello E., Peer to peer lending *ed informazione: la tutela dell'utente* on line *tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015

Macchiavello E., *Una nuova frontiere del settore finanziario solidale: microfinanza e* peer to peer lending, in *Banca impresa società*, 2, 2013

Manzi V., *Il fenomeno del* crowdfunding *e del* social lending*: caratteristiche operative e profili contrattuali*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, 2013

Messina, P, *"*Crowdfunding*" e finanza alternativa*, in *Il Foro italiano*, 11/5, 2019

Perlingieri P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003

Russo B., *Il passaporto europeo per le piattaforme di peer to peer lending: profili regolamentari e operatività* cross border, in *Bancaria*, 12, 2019

Semeraro M., *ADR e controllo conformativo dell'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc*, fasc. I suppl., 2020

Tabarrini C., *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di vigilanza*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2018

Valiante D., *Il "*crowdfunding*" e la nuova proposta di regolamento UE*, in *Rivista di diritto societario*, 2018

(*Francesca Andreani, Alfonso Ingenito*)

I mercati finanziari e l'evoluzione del *FinTech*: le nuove esigenze dei soggetti deboli e l'opportunità di una tutela adeguata

Nell'ambito del FinTech, *di per sè intrinsecamente dominato dalla digitalizzazione, la sempre maggiore compenetrazione tra realtà fisica e virtuale (resa da ultimo ancor più indissolubile perché necessitata dall'emergenza sanitaria propagatasi fin dall'inizio del 2020 e già etichettata come "*Figital*"), comporta una altrettanto crescente disintermediazione delle attività e dei servizi di investimento, soprattutto per quanto concerne i variegati strumenti di* Wealth & Asset management.

Ciò, se può senza dubbio tradursi in un efficace stimolo per la crescita e l'espansione del mercato mobiliare digitale, rappresenta tuttavia, altrettanto certamente, un fattore di rischio ai danni dei piccoli investitori o risparmiatori, in termini di gaps *informativi e di correlata accettazione (in)consapevole dei rischi di investimento.*

Si rende, pertanto, improcrastinabile un riesame dei complessivi rapporti tra innovazione tecnologica, economia e diritto, al fine di individuare le soluzioni regolamentari più adatte a preservare sia il mercato mobiliare, sia soprattutto, i soggetti più deboli che ivi operano, incoraggiando anche tecniche di protezione "dal basso" che, prendendo spunto dalla prassi, contribuiscano virtuosamente alla predisposizione di strumenti regolamentari idonei a fungere da adeguata cornice normativa alla realtà del Figital *in costante evoluzione: in tale contesto, va senz'altro valutata con favore la previsione e l'istituzione, da parte del legislatore, di un apposito "*Comitato FinTech*" presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze quale opportuna esperienza nazionale di* regulatory sandbox.

SOMMARIO: 1. Premessa. Dal *FinTech* al "*Figital*": la disintermediazione nei servizi e nelle attività di investimento. – 2. I rischi connaturati alla posizione di intrinseca debolezza dei clienti *retail*. – 3. La tutela degli investitori e le nuove frontiere della regolazione: il "*Comitato FinTech*".

1. PREMESSA. DAL *FINTECH* AL "*FIGITAL*": LA DISINTERMEDIAZIONE NEI SERVIZI E NELLE ATTIVITÀ DI INVESTIMENTO

I nuovi canoni di comportamento e finanche i differenti stili di vita resisi indispensabili in via generalizzata a seguito dell'emergenza sanitaria manifestatasi in Italia dall'inizio del 2020 hanno comportato, quale non secondario corollario, una drastica accelerazione del (già massiccio) impiego delle tecnologie informatiche e telematiche (anche) nel settore finanziario.

Per l'effetto, proprio nel campo del *FinTech*, già ampiamente pervaso dalla digitalizzazione, la compenetrazione tra lo spazio fisico e quello digitale (secondo un connubio da alcuni definito come "*Figital*"[123]) si va talmente consolidando, da indurre ad una improcrastinabile revisione dei complessivi rapporti tra innovazione tecnologica,

123 Cfr. R. Magliano, S. Mastantuono, *Nuove tecnologie nel settore finanziario e assicurativo: tutela e rischi per il consumatore al tempo della pandemia*, in *DirittoBancario.it*, 18 giugno 2020, 6, disponibile al seguente link: http://www.dirittobancario.it/content/nuove-tecnologie-nel-settore-finanziario-e-assicurativo-tutela-e-rischi-il-consumatore-al-tempo-della-pandemia.

diritto ed economia, all'esito della quale si rende opportuno individuare, su basi rinnovate ed attualizzate, le soluzioni normative, regolamentari e strategiche più adatte a preservare tanto il mercato di riferimento quanto, soprattutto, i soggetti più deboli che ivi operano, tutelandoli dalle loro controparti "forti".

Con particolare riferimento a queste ultime, è talmente nota, da meritare non più di un cenno, la circostanza che il processo di digitalizzazione sotteso al *FinTech* (ormai ampiamente in atto da cospicuo tempo) ha determinato radicali trasformazioni nelle strategie di *business* degli intermediari finanziari con riferimento al complesso delle attività, da quelle più semplici ed elementari quali operazioni di pagamento e/o incasso del denaro, gestione di carte di credito e/o debito, prestiti monetari; a quelle più complesse, quali l'intermediazione non discrezionale di strumenti finanziari per l'investimento del risparmio privato, l'intermediazione discrezionale del risparmio finanziario privato con diversificazione dei rischi di portafoglio, la consulenza in materia di investimenti in prodotti finanziari.

Proprio con riguardo a quest'ultima tipologia di attività, l'aspetto più rilevante e che, al contempo, reca gli effetti maggiormente *disruptive* sui complessivi modelli di *business* degli operatori (più o meno) istituzionali del settore, è rappresentato dal processo di "disintermediazione" che l'ambiente virtuale del *Fintech* consente, mediante l'utilizzo delle tecnologie digitali che in esso hanno ampiamente modo di evolversi e diffondersi.

Vengono, conseguentemente, in rilievo soprattutto i variegati e complessi strumenti riconducibili al "*Wealth & Asset management*"[124].

In primo luogo, la più ampia attività di sperimentazione di soluzioni tecnologicamente avanzate relative al *digital adivice* è (stata) riservata ai c.d. "*Robo-advisors*". Come noto, con tale termine "si fa riferimento ad un fenomeno di ampia e variegata portata, che include molteplici fattispecie talora diversificate, unite, però, dal comune denominatore di sfruttare le più moderne tecnologie, piattaforme ed algoritmi per la creazione di portafogli modello da raccomandare agli investitori, riproponendo così le diverse sfaccettature della consulenza intesa in senso lato, a partire da quella generica con l'*asset allocation* sino alla consulenza finanziaria vera e propria". Al riguardo, la CONSOB, in un recente documento di studio, non ha mancato di rilevare come, a "seconda dell'intensità dell'automazione e del *target* di clientela, è possibile individuare diversi modelli di *robo advic"* ovvero, in particolare: "il modello cosiddetto puro", che "si caratterizza per l'automazione del servizio offerto in tutte le sue fasi"; "il cosiddetto modello ibrido", il quale "invece, combina e/o alterna l'elemento umano e quello digitale in una o più fasi della catena del valore", infine, un "terzo modello", noto come "robo4advisor". In particolare, quest'ultimo, a differenza dei primi due (ove "il servizio è diretto all'investitore finale e si qualifica quindi come B2C") è invece classificabile come sistema "B2B (*business to business*), ponendo l'automazione a supporto del consulente", atteso che in esso "algoritmi e *software* forniti dal *robo* all'intermediario supportano il gestore e/o il consulente in una o più fasi del servizio di investimento offerto ai clienti finali: dalla raccolta di informazioni sul cliente all'elaborazione delle stesse ai fini della valutazione di adeguatezza, dall'*asset allocation* alla *portfolio selection*, dalla formulazione della raccomandazione alla negoziazione e al *portfolio rebalancing* fino ad arrivare al *customer relationship management*"[125].

In secondo luogo, è parimenti opportuno rilevare che gli effetti della predetta digitalizzazione non si esauriscono certamente al fenomeno appena considerato, ma sono talmente pervasivi da determinare significative modifiche dei complessivi assetti del mercato dei prodotti e servizi finanziari, il quale (per quel che qui più interessa) viene così a perdere la propria tradizionale struttura "fisica" e lineare, assumendo dimensioni via via più virtuali, fluide, complesse ed integrate; al contempo, parallelamente al diffondersi dei nuovi servizi digitali, si moltiplicano anche i *players* che ivi operano e tra questi, in particolare i "*Content providers*" e soprattutto i "*Platform providers*". Sono proprio questi ultimi ad assumere il ruolo maggiormente rilevante, tanto che, anche nel settore dei mercati finanziari deve constatarsi l'esistenza di un avanzato processo di "*platformization*", del tutto analogamente a

124 Cfr. Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018.
125 Consob, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, in *Quaderni FinTech*, gennaio 2019, 10, disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/46180/46181/FinTech_3.pdf/64bcf8bd-7fda-459d-9e01-82b1504dc316

quanto accade nell'intera economia di mercato digitale[126]. Le piattaforme, infatti, frapponendosi trasversalmente nelle più intime dinamiche dell'incontro tra domanda ed offerta di servizi e prodotti (finanziari), svolgono una funzione di aggregazione e di intermediazione tale da trasformare i paradigmi economici tradizionali, fondati sull'offerta (c.d. "*push economy*") in una "*pull-economy*", laddove cioè è la domanda ad acquisire una rilevanza sempre crescente, consentendo tra l'altro agli operatori finanziari di modellare e calibrare accuratamente tanto i prodotti, quanto i servizi su(lle esigenze di) ciascun cliente *retail*, o su determinate categorie di essi, tenendo conto di una varietà potenzialmente infinita di elementi di profilazione[127].

Il carattere estremamente poliedrico e diffusivo delle logiche espansive della rete del *FinTech* (complice anche il "limbo regolamentare"[128] in cui essa ha ampio modo di estendersi) trova, da ultimo ulteriore conferma nel rapido moltiplicarsi delle piattaforme di *social trading*, le quali attuano una innovativa commistione tra gli strumenti digitali propri del settore finanziario e i paradigmi di condivisione su cui più tradizionalmente si basano la *sharing economy* e i *social networks* e che, come rilevato dal Parlamento europeo, "*typically place some reliance on the theory of the 'wisdom of the crowds', a social approach to investing where followers follow a leader of their choice*"[129]. Ciò, all'espresso fine di creare nuovo valore, ampliando la platea della clientela *retail*, fornendo conseguentemente l'opportunità ad un numero indeterminato di potenziali (ed inesperti) piccoli investitori (o aspiranti tali) di accostarsi alle negoziazioni di *trading online* avvalendosi (anche passivamente ed acriticamente) di dati, analisi tecniche e/o processi cognitivi posti in essere da altri utenti della rete o finanche solo da algoritmi programmati "per aprire e chiudere investimenti in automatico secondo regole preimpostate"[130].

2. I RISCHI CONNATURATI ALLA POSIZIONE DI INTRINSECA DEBOLEZZA DEI CLIENTI *RETAIL*

Alla luce del breve quadro di sintesi che precede, risulta evidente che la disintermediazione digitale attuata attraverso le descritte forme di "*Wealth & Asset management*" può tradursi in un efficace volano di crescita economica del complessivo mercato mobiliare (digitale), del quale favorisce peraltro l'ampliamento, attraendovi la clientela *retail* meno propensa (o impossibilitata per ragioni di *budget*) a rivolgersi agli operatori finanziari istituzionali.

Altrettanto evidenti sono, tuttavia, i fattori di pericolo che il medesimo fenomeno è parallelamente suscettibile di produrre ai danni dei piccoli investitori o risparmiatori, soprattutto in termini di *gaps* informativi e di correlata accettazione (in)consapevole dei rischi di investimento.

Come noto, infatti, la sussistenza di cospicue asimmetrie informative tra gli intermediari ed operatori finanziari (più o meno istituzionali) e le rispettive controparti deboli può senza dubbio essere inteso come vero e proprio tratto distintivo del mercato mobiliare, atteso che qualunque sia o "il segno dell'operazione (acquisto di titoli o accensione di un mutuo)", o "la struttura temporale dello scambio delle prestazioni", od ancora "gli ulteriori dati di ingegneria finanziaria ricompresi nel contratto e che definiscono lo specifico prodotto scambiato, l'elemento centrale e caratterizzante la transazione è la disparità tra chi investe o viene finanziato rispetto chi gli offre il prodotto"[131].

126 Cfr. Screen, *Rapporto. La catena del valore ei modelli di* business *dell'ecosistema digitale*, *passim*, disponibile al seguente link: https://www.agcom.it/documents/10179/1260144/Studio-Ricerca+03-03-2014/d51d8714-e787-47b2-8fa0-3e7c68a95dad?version=1.0.
127 Cfr. P. Sironi, *FinTech Innovation: From Robo-Advisors to Goal Based Investing and Gamification*, Hoboken, 2016.
128 Consob, *Incontro annuale con il mercato finanziario*, *Discorso del Presidente al mercato finanziario*, Milano, 8 maggio 2017, 21, disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/11973/1102412/dsc2017.pdf/4b129aa8-b702-4f6f-91e8-94d38ede6114.
129 Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018, 120, disponibile al seguente link: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL_STU(2018)619027_EN.pdf.
130 Consob, *Relazione per l'anno 2015*, Roma, 31 marzo 2016, 11, disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/46180/46181/rel2015.pdf/43ade8dd-edf1-443a-8ed8-fd7f72275584.
131 G. Vettori (a cura di), *Contratto e responsabilità*, Tomo II, *La disciplina del Contratto ed Il T.U.F.*, Padova, 2013, 1723.

Ciò è tanto più vero non appena si consideri l'intrinseca situazione di debolezza che tradizionalmente connota la posizione dei singoli investitori e risparmiatori *retail*, in ragione soprattutto delle limitate conoscenze tecniche, finanziarie e giuridiche e delle risorse economiche tendenzialmente modeste di ciascuno di essi, essendosi rilevato al riguardo che "nel mercato finanziario, il solo unico criterio di orientamento per chi voglia investire è la valutazione comparata dei rischi e dei rendimenti, la quale è possibile solo se viene garantita una informazione chiara, precisa e completa su ogni singola offerta e sull'intero mercato in cui quei prodotti sono offerti"[132].

Ebbene, a fronte delle tecniche (e tecnologie) sempre più avanzate, raffinate ed automatizzate di *goal based investing*, come utilizzate negli approcci di investimento relativi al *wealth management* da parte degli operatori finanziari, la situazione di particolare precarietà cognitivo-finanziaria dei soggetti deboli in parola è ampiamente confermata dal recente rapporto che la CONSOB ha, come di consueto, predisposto a seguito di analisi statistiche relative alle scelte di investimento, alle attitudini e alle conoscenze finanziarie delle famiglie italiane[133]; in esso, infatti è dato leggere che, in linea con le rilevazioni relative agli anni precedenti, la "cultura finanziaria delle famiglie italiane" risulta, nel complesso, "molto contenuta", atteso che, a titolo puramente esemplificativo, "il 21% degli intervistati non conosce nessuna delle nozioni di base (inflazione, relazione rischio/rendimento, diversificazione, caratteristiche dei mutui, interesse composto) e delle nozioni avanzate (riferite ai titoli obbligazionari) proposte" ai fini del sondaggio; "solo il 12% mostra padronanza di quattro dei sette concetti presentati" ed unicamente "il 2% definisce correttamente tutte le nozioni"[134].

In considerazione di quanto precede, è del tutto evidente che la disintermediazione digitale sottesa alle descritte tecniche di "*Wealth & Asset management*" è senza dubbio idonea ad creare esiti distorsivi e pregiudizievoli a detrimento degli investitori *retail*, determinando un allontanamento delle concrete dinamiche delle negoziazioni dal modello ideale (e pertanto auspicabile) di mercato mobiliare che, al fine di essere il più efficiente possibile, presupporrebbe che ciascun investitore sia previamente ed autonomamente in grado di vagliare la vantaggiosità, o, quantomeno, l'opportunità delle operazioni finanziarie verso cui decide di orientare le proprie risorse economiche.

A ciò occorre aggiungere che i nuovi strumenti della rete del *FinTech*, nel momento in cui radicalizzano la disintermediazione dei servizi finanziari con l'utilizzo (più o meno esclusivo) dell'automazione algoritmica, serbano in sé il concreto rischio di comportare effetti negativi ai danni di un numero crescente di piccoli investitori (ivi inclusi quelli più volubili ed inconsapevoli) sotto numerosi profili attinenti, ad esempio: (i) alla riduzione delle loro capacità di consapevole autodeterminazione contrattuale, che potrebbe addirittura essere resa superflua; (ii) alla altrettanto deleteria limitazione della medesima volizione negoziale alla sola fase preventiva e di semplice accesso ai servizi finanziari; (iii) alla frapposizione di barriere di accesso ai medesimi servizi, mercè la selezione dei soggetti migliori, con la contemporanea esclusione di potenziali clienti (o gruppi di clienti) meno attraenti da un punto di vista remunerativo e/o strategico. Inoltre, come non si è mancato di osservare, a "fronte di situazioni poco chiare il cliente" per un verso, "potrebbe sentirsi obbligato a dover concludere contratti che prevedano la prestazione di un servizio ulteriore, o l'accettazione di un'offerta forzatamente congiunta di prodotti finanziari distinti e separati, per poter avere una consulenza specifica"; per altro verso, potrebbe "formarsi l'errato convincimento che si tratti di suggerimenti personalizzati e adatti al proprio profilo di rischio, quando invece non sia stata adeguatamente svolta la indispensabile valutazione di adeguatezza prima di consigliare l'operazione di investimento"[135]. Infine, non va trascurata la possibilità, ugualmente deprecabile, che, soprattutto a seguito del diffondersi del descritto processo di *platformization*, l'offerta di servizi di investimento o (più probabilmente) di servizi accessori o complementari a quest'ultimi, sia posta in essere da *players* estranei alla riserva di attività sancita dall'art. 18 TUF[136] o dagli stessi intermediari autorizzati, in assenza tuttavia, di adeguate informazioni.

132 G. Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009, 192.
133 Consob, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitudes and approaches*, *Statistics and analyses*, 2019, disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/46180/46181/rf2018.pdf/276cd341-adfe-449c-b8df-c6205d82de27.
134 Consob, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitudes and approaches*, *Statistics and analyses*, 2019, 4.
135 Cfr. R. Magliano, S. Mastantuono, *Nuove tecnologie nel settore finanziario e assicurativo: tutela e rischi per il consumatore al tempo della pandemia*, cit.
136 Ed infatti, l'art. 18 TUF riserva, ad esempio, al comma 1 "l'*esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e delle attività di investimento ... alle Sim, alle imprese di investimento UE, alle banche italiane, alle banche UE e alle imprese di paesi terzi*".

3. LA TUTELA DEGLI INVESTITORI E LE NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE: IL "*COMITATO FINTECH*"

Tutto ciò considerato, sembra opportuno cercare di comprendere quale sia l'approccio migliore al fine di conseguire una tutela concreta ed effettiva degli investitori *retail*, in un contesto così radicalmente mutato ed orientato, da ultimo, alla indissolubile compenetrazione tra realtà fisica e virtuale (ossia, al "*Figital*" di cui si è già fatto cenno).

Come è stato osservato, infatti, la digitalizzazione delle relazioni economico-sociali favorisce lo sviluppo e l'espansione della tecnologia in simbiosi con l'economia, orientando entrambe al precipuo scopo di creare valore tramite servizi sempre più innovativi ed efficienti, suscettibili di espandersi senza limitazioni spazio-temporali, anche oltre i confini dei singoli Stati; ciò comporta parallelamente un notevole ampliamento delle opzioni di scelta di investimento per singoli individui e piccole imprese, consentendo l'accesso ai mercati finanziari anche a soggetti che antecedentemente ne erano esclusi[137].

Tuttavia, i nuovi strumenti del *FinTech*, unitamente al proliferare delle sempre più numerose piattaforme digitali, comportano anche ingenti rischi, ai danni, in particolare, dei soggetti più deboli, in ragione soprattutto della mancanza di una regolazione omogenea, in grado di ricomprendere nel proprio campo di applicazione non solo gli strumenti (digitali) tradizionalmente utilizzati nei mercati finanziari, ma altresì tecniche innovative ed in costante evoluzione come le variegate esperienze di *trading* algoritmico e, più in generale, gli *automated tools* sempre in continua evoluzione.

Aporie aggiuntive sono insite nella circostanza che, mentre la tecnologia (invero, del tutto analogamente all'economia[138]) cresce e si sviluppa in modo tanto rapido, quanto "esponenziale", gli strumenti di regolazione (al pari di ogni tradizionale fenomeno propriamente normativo) sono intrinsecamente connotati (e limitati) da una evoluzione più lenta e "lineare"[139].

Inoltre, nel contesto di riferimento, l'attività regolatoria presenta anche l'ulteriore limite dato dal fatto di essere predisposta secondo schemi tendenzialmente specifici e settoriali, rendendo più difficoltosa la possibilità di conseguire una tutela globale dei soggetti deboli; e ciò risulta particolarmente vero proprio nel peculiare contesto degli attigui settori (vigilati) finanziario, bancario ed assicurativo, attesa nello specifico la frequente commistione che la creatività degli operatori e l'ingegneria algoritmica sono estremamente abili a creare tra i prodotti ed i servizi appartenenti ai tre ambiti appena citati.

A ciò deve aggiungersi il rischio di sovrapposizione non solo tra le regole di settore ma anche tra le forme di tutela. Emblematici sono, in tal senso, proprio i servizi relativi al *FinTech*: la tutela dei destinatari di questi ultimi, infatti, è ovviamente rimessa in primo luogo all'attività della Consob; tuttavia, anche in considerazione del principio di neutralità tecnologica, in virtù del quale agli "investitori" va comunque assicurata ogni forma di protezione garantita ai "consumatori", all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata espressamente conferita *ex lege* in via esclusiva la competenza ad intervenire nelle ipotesi di pratiche commerciali scorrette o di pubblicità ingannevole poste in essere dagli operatori finanziari[140].

Tra le soluzioni prospettabili, è auspicabile un approccio normativo e regolamentare integrato e coordinato da parte delle istituzioni tanto nazionali quanto europee che sappia inoltre cogliere, analizzare e tenere in debita

137 Prefazione alla collana dedicata al FinTech a cura di G. D'Agostino e P. Munafò, 23 marzo 2018.
138 Sulla "alleanza" che viene a determinarsi quasi in modo consustanziale tra l'economia e la tecnica cfr. N. Irti, *Il metodo*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, v. 1, Milano, 2007, 58, ove l'Autore osserva che l'"economia di mercato è oggi propriamente tecno-economia" ed aggiunge come "Scoperte scientifiche e applicazioni tecniche influiscono su forme e risultati produttivi; e l'economia, a sua volta, eccita la ricerca e ne segna la direzione. Tecnica ed economia sono inseparabili, e insieme esprimono una volontà s-confinata. S-confinatezza non è caduta di frontiere fra pochi o molti Stati, ma non conoscere alcun termine, dilagare e insediarsi nell'ovunque".
139 Cfr. M. Rabitti, *Disorientamento e opportunismo del consumatore nei contratti del mercato finanziario*, in *rivistaianus.it*.
140 Cfr. l'art. 27, commi 1 ed 1-*bis* del codice del consumo. Cfr, al riguardo, cfr. F. Massa, *Art. 19 Codice del Consumo*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del Consumo*, coordinato da A. Barba-A. Barenghi, Milano, 2019, 135 ss. e G. Nava, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcm e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2014, 67.

considerazione le istanze e le richieste di tutela provenienti dalla platea dei soggetti diretti protagonisti del mercato, per il tramite delle spinte propulsive delle quali spetta alle associazioni di rispettiva rappresentanza farsi carico e portavoce innanzitutto nei confronti delle competenti Autorità di Vigilanza; la tutela c.d. "dal basso" potrebbe diventare sempre più specifica e completa e potrebbe essere la base per conseguire tecniche di tutela che, prendendo spunto dalla prassi, possano trasformarsi in veri e propri strumenti normativi. In questo modo, partendo dai vari casi concreti e dalle problematiche che insorgono con sempre maggiore rapidità e frequenza, potrebbero essere prospettate soluzioni regolamentari e/o normative in grado comportare un'effettiva innovazione del sistema di tutele (si vedano, sul punto, le conclusioni di questo rapporto, adattandolo ai repentini cambiamenti del *FinTech*, rispetto ai quali la regolazione, per come tradizionalmente intesa, non è spesso in grado di stare al passo.

Tutto ciò, al fine di favorire la nascita e lo sviluppo di uno spazio regolatorio (se non di un vero e proprio, virtuoso "circolo regolatorio") che promani "dal basso", e che consegua (anche in una prospettiva anticipatoria) il grado di protezione più alto ed efficiente possibile a vantaggio degli investitori *retail*.

Siffatte forme di garanzia, anche in applicazione del già citato principio di neutralità tecnologica della rete *FinTech* è auspicabile che si aprano inoltre agli strumenti di protezione assimilabili a quelli già previsti per il consumatore; potrebbero, ad esempio, essere predisposte "clausole-tipo" (relative a comportamenti tipizzati e ritenuti abusivi poiché ripetuti nel tempo e già conosciuti nella prassi dei mercati finanziari), le quali, oggetto di preventiva condivisione da parte dei diretti interessati, vadano ad implementare le relative tutele[141].

Va infine valutata con favore la previsione e l'istituzione, da parte del legislatore, di un apposito "*Comitato FinTech*" presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze quale meritoria esperienza nazionale di *regulatory sandbox*, il quale assume l'espresso fine di "individuare gli obiettivi, definire i programmi e porre in essere le azioni per favorire lo sviluppo della tecno-finanza, anche in cooperazione con soggetti esteri, nonché di formulare proposte di carattere normativo e agevolare il contatto degli operatori del settore con le istituzioni e con le autorità"[142].

In particolare: (i) il comitato annovera quali membri permanenti, oltre al Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, la Banca d'Italia, la CONSOB, l'IVASS, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Agenzia per l'Italia digitale e l'Agenzia delle entrate; (ii) alle riunioni del Comitato sono, inoltre, legittimati a partecipare, su espresso invito, anche ulteriori istituzioni ed autorità, quali, in particolare, associazioni di categoria, imprese, enti e soggetti operanti nel settore della tecno-finanza, cui sono attribuite rilevanti funzioni consultive; (iii) il funzionamento del Comitato prevede riunioni periodiche e la costituzione di specifici gruppi di ricerca ai quali possono inoltre prendere parte accademici ed esperti nelle singole materie oggetto di interesse.

È auspicabile che tale nuova istituzione consenta al legislatore ed alle Autorità di vigilanza preposte all'attività di rispettiva competenza, di conseguire un approccio normativo efficace ed efficiente che, tenendo anche in debito conto le spinte propulsive e le richieste promananti "dal basso", ovvero dagli stessi soggetti vigilati e/o tutelati, sia in grado di conseguire la predisposizione di strumenti di regolazione idonei non solo a stare al passo con la vorticosa evoluzione della rete FinTech, ma anche a far fronte tanto alle esigenze degli operatori finanziari, quanto, soprattutto, ai bisogni di tutela dei soggetti più deboli.

Bibliografia

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Consob, *Incontro annuale con il mercato finanziario*, *Discorso del Presidente al mercato finanziario*, Milano, 8 maggio 2017, 21, in http://www.

141 Cfr. M. Rabitti, *op. cit.*
142 Cfr. l'art. 36, comma 2-*octies* del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 giugno 2019, n. 58.

consob.it/documents/11973/1102412/dsc2017.pdf/4b129aa8-b702-4f6f-91e8-94d38ede6114

Consob, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, in *Quaderni FinTech*, gennaio 2019, 10

Consob, *Relazione per l'anno 2015*, Roma, 31 marzo 2016, 11, in http://www.consob.it/documents/46180/46181/rel2015.pdf/43ade8dd-e-df1-443a-8ed8-fd7f72275584

Consob, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitudes and approaches*, *Statistics and analyses*, 2019, in http://www.consob.it/documents/46180/46181/rf2018.pdf/276cd341-adfe-449c-b8df-c6205d82de27

Consob, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitudes and approaches*, *Statistics and analyses*, 2019, 4

Facci G., *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009, 192

Irti N., *Il metodo*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, v. 1, a Milano, 2007, 58

Magliano R., Mastantuono S., *Nuove tecnologie nel settore finanziario e assicurativo: tutela e rischi per il consumatore al tempo della pandemia*, in *DirittoBancario.it*, 18 giugno 2020, 6

Massa F., *Art. 19 Codice del Consumo*, in V. Cuffaro (a cura di) *Codice del Consumo*, a coordinato da A. Barba- A. Barenghi), Milano, 2019, 135 ss.

Nava G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcm e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2014, 67

Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018

Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018, 120, in http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL_STU(2018)619027_EN.pdf

Rabitti M., *Disorientamento e opportunismo del consumatore nei contratti del mercato finanziario*, in *rivistaianus.it*

Screen, *Rapporto. La catena del valore ei modelli di* business *dell'ecosistema digitale*, in https://www.agcom.it/documents/10179/1260144/Studio-Ricerca+03-03-2014/d51d8714-e787-47b2-8fa0-3e7c68a95dad?version=1.0

Sironi P., *FinTech Innovation: From Robo-Advisors to Goal Based Investing and Gamification*, Hoboken, 2016

Vettori G. (a cura di), *Contratto e responsabilità*, Tomo II, *La disciplina del Contratto ed Il T.U.F.*, Padova, 2013, 1723

(Veronica Carriero, Andrea Luberti)

Mercato assicurativo, progresso tecnologico e protezione dei consumatori

Le moderne modalità di vendita e distribuzione di prodotti assicurativi, rese possibili dalle nuove tecnologie, fanno emergere nuove esigenze di protezione dei consumatori. A tal fine, centrale risulta essere il ruolo svolto dall'educazione finanziaria nonché, dal punto della tutela dei diritti, dall'istituendo arbitrato assicurativo.

SOMMARIO: 1. Innovazione, tecnologia e impatto del Covid-19. – 2. L'integrazione della disciplina sulla distribuzione assicurativa

1. INNOVAZIONE, TECNOLOGIA E IMPATTO DEL COVID - 19

(*Veronica Carriero)*

L'innovazione tecnologica è fonte di mutamenti radicali che richiedono un continuo e tempestivo aggiornamento del *framework* normativo in molteplici ambiti. Così come per altri mercati, anche con riguardo al settore assicurativo, i temi emergenti sono legati alle sfide e alle opportunità rappresentate dalle nuove tecnologie e dalla digitalizzazione dei servizi. Le tradizionali modalità di vendita e distribuzione di prodotti assicurativi risultano infatti progressivamente messe da parte a favore di canali più diretti ed economici[143]. Le nuove tecnologie ampliano inoltre il raggio di azione delle imprese assicurative che si estende così dalla tradizionale copertura dei rischi alla offerta di più innovativi servizi di consulenza e assistenza semplici, celeri ed efficaci[144]. Si tratta, in estrema sintesi, di forme di manifestazione della intelligenza artificiale, del c.d. *Internet of Things* e degli sviluppi relativi ai c.d. Big data, accompagnati da "tecnologie di supporto e complementari"[145] come (a titolo esemplificativo) il *robo-advisory*, il riconoscimento facciale, la *black box* sull'auto, i *wearable devices*, la *instant insurance* o assicurazione a utilizzo, i *chatbots,* i portali di comparazione, l'assicurazione *peer to peer*, le infrastrutture digitali *in cloud,* l'utilizzo di droni, i prodotti veicolati in modalità *pull* o *push,* il *profiling* della clientela mediante algoritmi, l'*analytics* in ambito assicurativo e le molteplici applicazioni della tecnologia *blockchain* e degli *smart contracts*[146].

Si è sovente posto in luce in letteratura come tali innovazioni se, da un lato, sono in grado di apportare innumerevoli benefici in termini di efficienza, concorrenzialità del mercato, personalizzazione del prodotto o servizio e autonomia dei consumatori; dall'altro, possono generare insidie nuove e imprevedibili. In particolare, si fa riferimento ai rischi cibernetici, alle possibili violazioni in materia di *privacy*, ai pregiudizi che possono ricadere sui consumatori a fronte di vendite "sconsiderate" o "negligenti" (*misselling*), alle possibili minacce derivanti dall'utilizzo del *web* in genere. Cionondimeno, il patrimonio conoscitivo e operativo rappresentato dalle nuove tecnologie è potenzialmente in grado di tradursi in *best practices* nel settore considerato.

143 V. T. Boobier, *Analytics for Insurance. The real business of big data*, Chichester, 2016, 2.
144 V. R. Cerrone, *Innovation and digital transformation of insurance industry: new perspectives and business implications*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 37 ss.
145 R. Barone, F. Pampurini, A.G. Quaranta, *Innovazione tecnologica e normativa degli intermediari assicurativi. L'*Insurance Distribution Directive *un anno dopo*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 130.
146 Per una disamina approfondita di tali strumenti si v. R. Barone, F. Pampurini, A.G. Quaranta, *Innovazione tecnologica,* cit. p. 130; R. Cerrone, *Innovation,* cit. p. 44; S. De Polis, *Assicurazioni: tra opportunità e tutele*, in *Fchub*.

Come è noto, nell'ambito del Codice del consumo le tecniche giuridiche di protezione del consumatore fanno prevalentemente perno sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, sul controllo della vessatorietà delle clausole, sulle nullità di protezione, secondo la accezione più moderna di tali obblighi, soprattutto nei mercati finanziari (si v., in particolare, gli artt. 2, 4, 5, 6, 7, 33 ss d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Emerge pertanto con evidenza la necessità di accompagnare la tutela fornita a livello legislativo con una solida ed effettiva cultura finanziaria (l'educazione del consumatore rinviene peraltro un riconoscimento espresso nell'art. 4 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e in particolare assicurativa, per promuovere consapevolezza e responsabilizzazione in capo agli utenti[147].

Quanto alle azioni intraprese dall'Autorità di vigilanza nell'ambito dell'innovazione tecnologica, la Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nel 2019 illustra una serie di attività e iniziative riconducibili ai temi *Insurtech*[148]*.* Si dà innanzitutto conto dell'avvio di iniziative tese a estendere l'utilizzo della tecnologia per le azioni di *compliance* degli operatori (*Regtech*) e per le azioni di vigilanza e analisi svolte dall'Autorità (*Suptech*). Sono state inoltre promosse sperimentazioni con gli operatori aventi ad oggetto modelli innovativi di intermediazione assicurativa tra i quali polizze abbinate a beni di consumo venduti tramite portali *online* e a*pp,* polizze *on demand* o di tipo *push* collocate mediante *smartphone* o piattaforme informatiche a seguito di attività di profilazione dell'utente svolta mediante *Big Data Analytics*. Del resto, l'IVASS partecipa attivamente alle iniziative europee sull'innovazione tecnologica nel settore di riferimento. Con riguardo alla sperimentazione della tecnologia *blockchain*, si dà conto della partecipazione dell'Istituto, in qualità di membro del Comitato scientifico alla *Insurance Blockchain Sandbox*, una sperimentazione avente ad oggetto progetti che prevedono l'impiego della tecnologia *blockchain* e che si svolge nell'ambito di un *sandbox*: un ambiente controllato che consente alle imprese di sottoporre a verifica nuovi modelli e prototipi. L'Autorità ha inoltre costituito un *Innovation Hub*, un luogo di contatto nell'ambito del quale le imprese possono sollevare questioni e discutere su temi legati all'innovazione, anche con riguardo agli eventuali risvolti regolamentari, di vigilanza, di condotta e protezione dei consumatori.

Con riguardo all'aspetto dell'educazione assicurativa, il sito internet dell'IVASS contiene un portale a ciò dedicato, che offre vari prodotti informativi (ad es. quaderni didattici; guide pratiche). Inoltre, è disponibile sul sito un quiz ("Sicuro di essere sicuro") articolato in nove quesiti con il quale gli utenti possono misurare le loro conoscenze in materia assicurativa.

L'attuale stato di emergenza sanitaria causato dalla diffusione del virus Covid-19 produce effetti sul settore, come illustrato nella Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2019, e ha esteso il ricorso alle tecnologie telematiche. Infatti, in ambito assicurativo è già in atto un percorso di dematerializzazione di documenti e contratti, e vengono svolte a distanza talune attività (esempio, si veda l'art. 62 Regolamento IVASS n. 40/2018 rubricato "Utilizzo della firma elettronica avanzata, della firma elettronica qualificata e della firma digitale" e gli artt. 91 e ss. sulla formazione dei soggetti che erogano servizi assicurativi, per i quali tale formazione è obbligatoria). Quanto al prodotto, si è poi osservato[149] come a seguito della pandemia da un lato, sia prevedibile una crescita della domanda di assicurazione sanitaria per malattie gravi e, dall'altro, siano realizzabili – e in caso positivo, sulle caratteristiche – di prodotti assicurativi che offrano copertura a fronte del rischio di epidemie[150]. In conclusione si può osservare come il progresso tecnologico possa generare esternalità positive nel settore anche nei casi in cui risulti necessario far fronte ad eventi del tutto imprevisti; tuttavia, è essenziale che gli sviluppi della tecnologia siano sempre accompagnati e supportati da una cornice normativa certa e chiara e da una cultura finanziaria-assicurativa solida e diffusa.

147 In tema, *ex multis,* si v. G. Parrillo, *Una strategia nazionale per l'educazione finanziaria*, in *Fchub* 09/01/2018; M. Tofanelli, *Tutela del risparmio ed educazione finanziaria: azioni e interazioni*, in *Fchub* 28/06/2017.
148 Relazione annuale sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2019, 118 ss.
149 D. Focarelli, A. Niceli, *Le assicurazioni italiane e le sfide del nuovo decennio. Gli impatti della pandemia Covid-19*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 165.
150 In tema si v., oltre al contributo di cui alla nota precedente, A. Battista, *Come assicurarsi dal rischio di una pandemia*, in *Fchub*.

2. L'INTEGRAZIONE DELLA DISCIPLINA SULLA DISTRIBUZIONE ASSICURATIVA

(*Andrea Luberti*)

Nel corso di un anno contraddistinto, purtroppo e per ovvi motivi, da una produzione normativa limitata e comunque fondata sull'emergenza epidemiologica in corso, deve essere segnalato quanto segue.

In data 10 settembre 2020 il Consiglio dei ministri ha approvato, in via preliminare, un decreto legislativo che introduce disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, di attuazione della Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa.

Secondo quanto reso noto in via ufficiosa, anche se la maggior parte delle novelle presenteranno carattere di mero coordinamento formale, non mancheranno innovazioni di particolare interesse per la tutela del contraente debole.

Infatti, il decreto dovrebbe contenere disposizioni dirette a perfezionare, in attesa della sua compiuta operatività, l'organismo di risoluzione stragiudiziale per le controversie assicurative (ancora ufficiosamente indicato come *arbitro assicurativo*[151]).

In particolare, una volta emanato, il decreto dovrebbe risolvere, nel senso dell'alternatività, la compresenza dell'*arbitro assicurativo* con le forme di ricorso alle procedure di mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) e di negoziazione assistita (decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162).

Il decreto dovrebbe incentivare il ricorso all'*arbitro assicurativo*, affiancando anche tale procedura alle misure di conciliazione sopra descritte, configuranti a vario titolo condizioni di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Bibliografia

Barone R., Pampurini F., Quaranta A.G., *Innovazione tecnologica e normativa degli intermediari assicurativi. L'*Insurance Distribution Directive *un anno dopo*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 130

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019

Battista A., *Come assicurarsi dal rischio di una pandemia*, in *Fchub*

Boobier T., *Analytics for Insurance. The real business of big data*, Chichester, 2016, 2

Cerrone R., *Innovation and digital transformation of insurance industry: new perspectives and business implications*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 37 ss.

Cesari R., *Prospettive per l'intermediazione assicurativa in Italia. Intervento al Convegno per il Centenario del Sindacato Nazionale Agenti di Assicurazione*, Rimini, 18 ottobre 2019, reperibile sul sito www.ivass.it

De Polis S., *Assicurazioni: tra opportunità e tutele*, in *Fchub*

Focarelli D., Niceli A., *Le assicurazioni italiane e le sfide del nuovo decennio. Gli impatti della pandemia Covid-19*, in *Rivista Minerva Bancaria*, maggio-giugno 2020, 165

Parrillo G., *Una strategia nazionale per l'educazione finanziaria*, in *Fchub* 09/01/2018

Tofanelli M., *Tutela del risparmio ed educazione finanziaria: azioni e interazioni*, in *Fchub* 28/06/2017

151 R. Cesari, *Prospettive per l'intermediazione assicurativa in Italia. Intervento al Convegno per il Centenario del Sindacato Nazionale Agenti di Assicurazione*, Rimini, 18 ottobre 2019, reperibile sul sito www.ivass.it.

GLI AUTORI

Francesca Andreani

Dottoranda di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Fabio Bassan

Professore ordinario di Diritto internazionale e dell'Unione Europea – Università Roma Tre

Marco Cappai

Dottore di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Veronica Carriero

Dottore di ricerca in *Il diritto dei servizi nell' ordinamento italiano e europeo* – Università degli Studi Parthenope

Andrea Carrisi

Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Guido d'Ippolito

Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Gennaro Di Martino

Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Silvia Digregorio

Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Alfonso Ingenito

Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre

Cristiana Lauri

Dottore di ricerca in *Diritto dei mercati e dei consumatori* – Università Roma Tre

Andrea Luberti

Magistrato

Dottore di ricerca presso la Scuola dottorale internazionale di diritto ed economia "Tullio Ascarelli"

Paolo Occhiuzzi

Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Francesca Pellicanò

Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Rosaria Petti

Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Sara Perugini

Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Serafina Piantedosi

Dottoranda di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Maddalena Rabitti

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università Roma Tre

Liliana Rossi Carleo

Professore emerito di Diritto privato – Università Roma Tre

Susanna Sandulli

Dottore di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Imprese e loro associazioni di categoria

Ages
ASSTRA
CENTROMARCA
EDISON
FEDERDISTRIBUZIONE
LE AZIENDE DELLA DISTRIBUZIONE MODERNA
federfarma
FERROVIE DELLO STATO ITALIANE
INTESA SANPAOLO
Posteitaliane
TIM
UPA
UTILITALIA
imprese acqua ambiente energia
vodafone
WINDTRE

Associazioni di Consumatori

ADICONSUM
Associazione Difesa Consumatori e Ambiente promossa dalla CISL
ADC
Associazione Difesa Orientamento Consumatori
Associazione Utenti dei Servizi Radio Televisivi
ASSO-CONSUM
ASSOUTENTI
Casa del Consumatore
CITTADINANZATTIVA
CODACONS
CONFCONSUMATORI
CONFEDERAZIONE GENERALE DEI CONSUMATORI
Federconsumatori
LEGA CONSUMATORI
MOVIMENTO CONSUMATORI
MOVIMENTO DIFESA DEL Cittadino
1955
UNC
CONSUMATORI.IT
U.Di.Con.
UNIONE per la DIFESA dei CONSUMATORI

Istituzioni

UNIONCAMERE

CONSUMERS' FORUM

Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini. Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze. L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra le parti.

Consumers' Forum
Via degli Scipioni,8 00192 Roma RM
tel.06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

consumforum

@ConsumForum

consumersforumtv

consumers'-forum